

UNIVERSITE DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

LA SUCCESSION CONTRACTUELLE

DU CONTRAT

COMME MODE DE

TRANSMISSION SUCCESSORALE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences Juridiques)

*soutenue devant la Faculté de Droit de l'Université de Dijon
le samedi 24 Mars 1906, à 1 heure 1/2 du soir.*

PAR

L. GUYÉNOT

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE DIJON
JUGE SUPPLÉANT AU TRIBUNAL CIVIL DE BESANÇON

Président: M. Eugène GAUDEMET, professeur.

*Suffragants: { MM. DESSERTAUX, professeur.
HÉMARD, agrégé.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14. RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1906

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITE DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

LA SUCCESSION CONTRACTUELLE

DU CONTRAT

COMME MODE DE
TRANSMISSION SUCCESSORALE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences Juridiques)

*soutenue devant la Faculté de Droit de l'Université de Dijon
le samedi 24 Mars 1906, à 1 heure 1/2 du soir.*

PAR

L. GUYÉNOT

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE DIJON
JUGE SUPPLÉANT AU TRIBUNAL CIVIL DE BESANÇON

Président : M. Eugène GAUDEMET, professeur.

Suffragants : { MM. DESSERTAUX, professeur.
HÉMARD, agrégé.



PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1906

Digitized by the Internet Archive
in 2026

INTRODUCTION

Le problème de la transmission du patrimoine à cause de mort est un des plus importants du droit civil. Lorsque le titulaire de la masse active et passive que comporte le patrimoine (Vermögen en allemand), vient à disparaître, il s'agit de lui désigner un successeur.

En raison, l'on conçoit deux manières de régler l'attribution des biens successoraux : ou bien on en laissera le soin au législateur, ou bien le propriétaire, avant de mourir, fera connaître sa volonté et désignera le continuateur de sa personne. La succession peut donc être légale ou volontaire.

Relativement au second mode de dévolution héréditaire, on voit aussitôt se dresser une objection : comment le *de cujus successionem agit* pourra-t-il transmettre son patrimoine ainsi par avance ? ce patrimoine c'est une qualité éminemment personnelle, c'est la faculté d'acquérir ; il accompagne son titulaire jusqu'à la mort, il est inaliénable. Sans discuter à cette place (1)

(1) On verra plus loin, au début de l'étude consacrée au droit actuel en France, ce qu'il faut penser de cette objection, tirée de la conception subjective du patrimoine.

la valeur de cette conception en ce qui concerne le patrimoine, il suffit de faire remarquer pour l'instant une seule chose : le propriétaire a toujours le droit rationnellement d'aliéner tous ses biens actifs ou passifs, présents ou futurs si bon lui semble ; et nous voulons rechercher maintenant comment il pourra parvenir à faire respecter sa volonté au point de vue de sa succession.

Le *de cuius* exprime sa volonté avant sa mort : ceci va de soi ; l'idée naturelle c'est que la mort met fin à tout. La conséquence logique c'est que le *de cuius* doit désigner, de son vivant, la personne qui lui succèdera quand la mort viendra le frapper, cet héritier continuera sa personne, sans aucune interruption dans le temps. Celui qui veut disposer de sa succession offrira à la personne de son choix de lui succéder, ce qu'elle acceptera ou refusera ; l'accord de leurs deux volontés constituera un contrat qui les obligera l'une et l'autre ; les conditions de l'institution d'héritier varieront à l'infini ; mais, à une époque plus ou moins éloignée, le jour où l'auteur quittera la vie, son héritier devra prendre sa succession ; il s'y est engagé, de même que le *de cuius* le lui avait également promis ; le successeur en assumera les obligations, en recueillera les avantages, même immédiatement, car, bien que son droit soit à terme incertain, il peut en disposer aussitôt.

Loi ou contrat, telles sont les deux sources de dévolution héréditaire que la raison conçoit, que l'histoire

des temps primitifs nous fait connaître. Cependant, peu à peu, sous l'influence de causes multiples, apparaîtra bientôt un acte qui est un dérivé de la succession contractuelle, résultat d'une création métaphysique et artificielle : le testament. On conserve à la volonté du défunt, malgré sa mort, une sorte de survivance surnaturelle ; on lui donne une exécution bien que du vivant de son auteur elle soit restée inconnue, seule, unilatérale, sans que personne s'en soit saisi pour l'accepter ; c'est la succession en vertu de l'expression de la dernière volonté, c'est la succession testamentaire, troisième source de dévolution héréditaire ; elle gagnera du terrain de jour en jour, et arrivera bientôt dans beaucoup de pays à supplanter la succession contractuelle dont cependant elle est issue. De là naîtra le dualisme moderne en matière de transmission successorale : testament ou succession légale.

Enfin, dans de nombreuses législations de l'Europe occidentale, non seulement la succession testamentaire s'est substituée à la succession contractuelle, mais encore elle porta au contrat successoire un coup mortel ; on prohiba tout pacte sur succession future ; on prétendit devoir reconnaître une antipathie fondamentale entre ces deux idées : contrat et succession ; le contrat n'a plus le droit d'influer sur la dévolution héréditaire pour la créer, la transformer ou l'anéantir ; on n'accorde ce droit qu'à la loi ou au testament. Tel est le stade où en est aujourd'hui l'évolution de la suc-

cession volontaire, à cause de mort dans les législations dont nous venons de parler. Phénomène étrange et qui étonne : terme d'une marche inverse à celle que suit toute institution du droit privé ; plutôt que de s'orienter toujours vers le progrès et le perfectionnement, la succession en vertu de la volonté a subi un recul considérable par cette négation absolue ; le testament a renié son ancêtre, le contrat. Et, comme on le verra, la repercussion très lointaine d'un événement particulier dans l'histoire sociale d'un peuple fut la cause de ce bouleversement inattendu.

La raison proteste devant la prohibition du contrat successoral ; cette disposition législative va au rebours du développement historique ; on substitue une création artificielle à l'acte naturel.

Ce sentiment n'est pas seulement celui du jurisconsulte, de l'historien, du civiliste ; c'est aussi celui de la pratique judiciaire et extrajudiciaire ; la prohibition des pactes successoraux est écrite dans plusieurs codes et les jurisprudences nationales ont montré par maints exemples la gêne incessante et injustifiée que cette interdiction occasionnait aux intérêts privés, à la sécurité des arrangements familiaux (1), au maintien des contrats librement consentis et brisés sans utilité ; les économistes ont montré ses dangers pour l'agriculture,

(1) L'étude de la jurisprudence, faite avec attention, révélera l'effort des tribunaux, tenté pour esquiver adroitement la prohibition des articles 1130-791 du Code civil.

le commerce, l'industrie, la natalité, l'émigration ; les sociétés de législation, de réforme sociale, de droit comparé n'ont cessé de protester contre l'étroitesse de cet esprit législatif, et d'en réclamer la suppression. Un immense courant s'est formé dans ce sens, parmi le monde des jurisconsultes et de tous ceux qui s'intéressent aux problèmes du droit civil.

D'ailleurs le régime prohibitif n'est pas celui de tous les pays qui nous entourent ; le droit comparé nous donnera de puissants éléments d'instruction et nous fournira une formule générale plus conforme aux conclusions de l'histoire, à la tendance que nous signalions précédemment.

Il est vrai que dans la plupart des législations prohibitives on fait des exceptions au principe ; néanmoins ce qu'il y a de plus néfaste malgré cela, c'est le caractère absolu de la règle ; il permet d'atteindre aveuglément des cas imprévus que le législateur n'avait certainement pas voulu soumettre à sa sévérité.

Ce malaise général, cet état de lutte, cette divergence jurisprudentielle, législative, cet oubli de l'histoire, ce mépris de l'évolution, cet obstacle aux intérêts économiques et sociaux, cet illogisme nous ont engagé à faire de ce problème l'objet de la présente étude. N'y aurait-il pas quelque utilité à rechercher les inconvénients du système prohibitif, à préciser davantage les desiderata à formuler, à peser les mérites et les défauts de chaque solution, pour parvenir à « une conciliation d'activités

libres et à une harmonie d'intérêts, en vue d'une finalité supérieure », objectif du droit privé, en se fondant sur la justice et l'utilité sociale d'après la nature des choses et les exigences de la vie ? La question que nous posons est celle-ci : Le contrat ne peut-il pas constituer un mode de transmission successorale ? La convention ne peut-elle pas être une source de dévolution héréditaire ?

CLASSIFICATION DES CONTRATS SUCCESSORAUx

Bien que cette question présente un intérêt secondaire, il importe de diviser en groupes distincts les différents contrats successoraux.

Les anciens auteurs (1), commentateurs du Digeste, distinguaient quatre classes :

- 1) Pactum pro jure successionis servando ;
- 2) Pactum pro jure successionis amittendo ;
- 3) Pactum pro jure successionis acquirendo ;
- 4) Pactum de eo quod acquireretur per successionem certo modo disponendo.

Le contrat conservatif faisait disparaître l'obstacle à la dévolution successorale du droit commun : par exemple l'indignité.

Les auteurs allemands sont féconds en systèmes de classification. Hartmann Pistoris divise les contrats successoraux en deux grandes classes : D'abord le pactum de hereditate tertii viventis ; en second lieu, le pac-

(1) BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *Ad. L. Stipul. hoc. mod.*, 61. D. De Verb. oblig.

tum de successione in proprio paciscentium; la présence ou l'absence d'un tiers est le principe de cette division; puis la dernière classe se subdivise en trois espèces (1) :

- a) De successione conservanda ;
- b) De successione amittenda ;
- c) De successione acquirenda.

Stryke ajoutait une quatrième subdivision : les pacta de hereditate restituenda (fideicommiss, fideicommiss de famille). Knipschildt distinguait les pactes successoraux d'une manière générale en pactes affirmatifs de succedendo et pactes négatifs de non succedendo, tandis que Kreittmayer (2) les répartissait en pactes successoires universels et pactes successoires particuliers, Thibaut (3) en pacta singularia (parmi lesquels les pacta dispositiva) et en pacta universalialia (affirmativa ou renuntiativa... etc.).

Bref, la division courante, admise aujourd'hui par la doctrine en France et à l'étranger, est très simple :

Le contrat successoire est conclu par le de cujus lui-même avec une autre personne, son héritier présomptif le plus souvent.

L'objet du contrat peut être de constituer une voca-

(1) RUNDE, *Gemein. deutsch. Privatr.*, § 655, 658, subdivise en pactes affirmatifs et pactes négatifs ou renonciatifs. — *Eich horn Einleitung ins deutsch. Privatr.*, § 340, en pactes acquisitifs, conservatifs et pactes dispositifs, restitutifs.

(2) *Anmerkungen über den Codicem Max. Bavar. civ. th.*, 3 cap. 11, § 1.

(3) *System. d. Pandektenr.*, § 851 ; de même Hasse *im Rheinisch. Museum*, II^e année, 2^e cah., p. 149 à 360, etc.

tion héréditaire, auquel cas c'est une institution contractuelle, une convention sur sa propre succession. (Erbeinsetzungsvertrag en allemand).

Si au contraire il s'agit de supprimer une vocation héréditaire préexistante, l'héritier présomptif fait une renonciation à succession future. (Erbverzicht).

D'un autre côté le contrat successoire peut être passé en dehors du de cujus, qui est alors un tiers pour les parties contractantes, et c'est un pacte sur la succession future d'autrui : pactum de hereditate tertii. (Erbschaftsvertrag).

Telle est la division traditionnelle en trois espèces : convention sur sa propre succession, renonciation, pacte sur la succession future d'autrui, division que nous retrouverons à chaque pas au cours de cette étude.

DIVISION GÉNÉRALE

Pour étudier le problème que nous cherchons à résoudre, nous suivrons l'évolution de la succession contractuelle dans l'histoire romaine, dans notre ancien droit français (1) ; nous exposerons ensuite le droit actuellement en vigueur chez nous, celui des législations européennes les plus semblables à la nôtre, et enfin nous nous efforcerons de trouver la meilleure solution que l'on puisse adopter au point de vue législatif. La division sera donc la suivante :

Droit romain ;

Histoire du droit français ;

Droit actuel en France ;

Droit comparé :

Conclusion synthétique.

(1) Il est très important de remarquer tout de suite que cet ouvrage n'a la prétention d'être ni un travail de droit romain, ni d'histoire du droit. Il aurait fallu pour cela lui donner une extension beaucoup plus considérable. L'auteur n'a exposé sur la question en droit romain et en histoire du droit que ce qui lui a semblé un préliminaire absolument indispensable à l'étude qu'il se proposait de faire sur le droit français contemporain et le droit comparé.

DROIT ROMAIN

Nous diviserons l'étude du droit romain en deux parties ; un premier chapitre sera consacré à l'exposé de la théorie qui fut celle de l'époque du droit classique et du Bas-Empire ; le second complètera le premier et nous fera connaître la théorie des origines romaines ; cette dernière, plus récente, est le résultat des recherches historiques qui furent faites au cours du siècle précédent, et elle a été particulièrement mise en lumière par Beseler, en Allemagne, vers 1830 ; de nos jours par M. Lambert, en France ; Henrique Garcia Herreros, en Espagne, et beaucoup d'autres auteurs.

CHAPITRE PREMIER

THÉORIE DU DROIT CLASSIQUE ET DU BAS-EMPIRE

Les pactes sur succession future sont prohibés, voilà le principe (1) ; le contrat ne peut servir de source à la dévolution héréditaire en vertu de la volonté. Ces pactes immoraux, dangereux, sont nuls, sous les trois formes que nous avons analysées précédemment : soit que deux personnes traitent de la succession d'un tiers vivant, ou que ce soit une institution d'héritier (2) ou une renonciation successorale (3). Bien entendu, l'acte purement aléatoire (vente par exemple), restait en dehors de la prohibition : il s'agissait d'un aléa et non d'une succession future (4). Le contrat ne pouvait donc pas remplacer le testament, même accessoirement comme condition (5) d'un autre contrat. Le principe

(1) L. 30. C. *De Pactis conventis*, 2. 3.

(2) L. 61. D. *De Verb. oblig.*, 45. 1. — L. 5. C. *De Paet. conventis*, 5, 14.

(3) L. 16. D. *De suis et legit. hered.*, 38. 16. — L. 3. C. *De Coll.*, 6. 20.

(4) BESELER. *Erbverf.*, II, 2, p. 328.

(5) L. 34. C. *De transact.*, 2. 4.

était rigoureux et ne souffrait pas même exception pour les pactes contenus dans un contrat de mariage (1), à l'encontre de notre ancien droit français.

Il y a lieu de se demander quelles furent les raisons d'une pareille sévérité, dont nous retrouverons l'écho lointain jusque dans nos lois, quel était le champ d'action de cette prohibition, quelles étaient ses limites. Le plan de cette étude se dégage de lui-même :

I. Motifs de la prohibition.

II. Sa portée.

III. Ses conséquences.

IV. Exceptions à la prohibition.

SECTION I

MOTIFS DE LA PROHIBITION

Il y a lieu de se demander pourquoi les jurisconsultes romains montraient à l'égard des pactes sur succession future, une si violente aversion : « *sed nobis omnes hujus modi pactiones odiosæ esse videntur...* » dit Justinien (2). On s'étonne de prime abord d'une aussi vive hostilité vis-à-vis d'un contrat qui transfère un patrimoine à cause de mort. Il est vrai que cet objet a un caractère plus ou moins incertain pour une conven-

(1) L. 5. C. *De Pact. conventis*, 5. 14. — L. 15. C. *De Pact.*, 2. 3.

(2) L. 30 précit.

tion ; mais ce n'était pas la raison de tant de haine ; le droit romain a toujours admis la validité des contrats sur chose future (1), soit qu'il s'agit d'une *res spei*, auquel cas *ipsum incertum rei venit* (2), ou d'une *res sperata*, quand le contrat a pour objet une chose sous la condition qu'elle naîtra ; il ne faut donc pas chercher là le motif de l'interdiction.

D'ailleurs il y a plusieurs raisons ; toutes s'appliquent en général aux trois formes de pactes sur succession future, mais dans une plus ou moins large mesure, comme nous le verrons au cours de l'exposé. Il y en a trois principales :

1) Ces pactes sont immoraux et dangereux.

2) La convention ne peut porter atteinte aux lois successorales qui sont d'ordre public.

3) La liberté de tester est inviolable.

Le premier motif, qui est le plus connu, est traditionnel, toutes les modifications greco-latines le répètent à satiété après la l. 30 C. *De Pactis* 2. 3. ; les pactes sur succession future « *contra bonos mores inita sunt* » par leur auteur et « *quoniam adversus bonos mores et jus gentium festinasset* » ; ils sont immoraux parce qu'ils font naître un *votum mortis* malhonnête qui est même un danger et peut pousser jusqu'au crime : « ple-

(1) GIRARD. *Op. cit.*, p. 535, n° 1. — L. 8, pr., § 1. *De cont. emp.*, 18. 1. D.

(2) L. 11. *De hered. vel. act. vend.*, 18. 4.

(3) L. 24. D. *De op. lib.*, 38. 1.

næ tristissimi et periculosi eventus ». Evidemment il ne s'agit pas, quand on parle d'immoralité, de la turpitude proprement dite mais de ce qui est contraire aux devoirs d'un homme libre vis-à-vis de lui-même et vis-à-vis d'autrui; le pacte est immoral comme l'acte du procurator qui se rend acquéreur de la chose litigieuse (1), ou comme le fait de garantir la célébration d'un mariage par une clause pénale (2).

On invoquait surtout ce motif pour prohiber le pactum de heritate tertii viventis qui semblait peut-être le plus odieux (3); mais il militait bien aussi contre la stipulation d'institution d'héritier (4) ou contre les renonciations anticipées, qu'au début de l'histoire romaine le pater familias aurait pu sans conteste exiger en abusant de la crainte révérentielle et de sa potestas, mais qui au temps de la querela inofficiosi testamenti auraient semblé excessives.

Le second motif tenait au caractère du droit successoral d'appartenir au droit public; le contrat ne peut influencer sur la dévolution héréditaire qui a lieu jure publico; « cautio privatorum legum auctoritate non censetur » (5); hostile au contrat sur l'hérédité d'autrui, ce

(1) L. 7. D. *Mandati vel cont.*, 17. 1.

(2) L. 134 pr. D. *De Verb. oblig.*, 45. 1.

(3) L. 30 précit. — L. 4. C. *De inut. stip.*, 8. 39. — L. 29, § 2. D. *De Donat.*, 39. 5. — L. 27, § 4, D. *Sc. Tretel.*, 36. 1. — L. 2, § 2. *De vulg. et pup. sub.*, 28. 6. D.

(4) L. 61. D. *De Verb. oblig.*, 45. 1. — L. 71, *cod. tit.* — L. 33. 34. C. *De trans.*, 2. 4.

(5) L. 16. D. *De suis et leg. hered.*, 33. 16, et sur cette L. *Cujas*, IV

motif était encore plus efficace vis à-vis des institutions contractuelles et des renonciations. « *Jus publicum privatorum pactis mutari non potest* » l. 34 D. De Pact. 2. 14, à moins que ce ne soit un *pactum justum* (1), ce qui n'est pas le cas. Le testament était le seul mode reconnu pour changer la dévolution légale : « *Hereditas extraneis testamento datur* » (2).

Le troisième motif était le corollaire des deux premiers : il eût été inconvenant, contraire au droit public, qu'un citoyen renonçât à son droit de succession autrement que par testament : on aurait violé par là le principe de la liberté de tester, contrarié le caractère de cette voluntas qui doit toujours rester « *ambulatoria* (3) » ; aucun de ces pactes successoraux n'était admis à pouvoir directement (contrat sur sa propre succession) ou indirectement (renonciation, pacte sur l'hérédité d'autrui) « *libertatem testamenti auferre* » (l. 15. C. De Pact. 2. 3.) ; cette liberté devait rester intacte ; ce qui interdisait par exemple la clause de prorogation de société après la mort d'un sociétaire (l. 52 § 9. D. pro. soc. 17. 2), ou l'engagement de ne pas révoquer son testament.

Tels sont les trois motifs de la prohibition romaine ;

col. 1335, in lib. 12 Pap. Paul. Sent., IV, t. V, § 8. — L. 35, § 1. C. De inoff. test., 3. 28. — L. 94. D. De acq. vel omit., 29. 2. — L. 3. C. De Coll. 6. 20.

(1) L. 5, § 6, C. De temp. et repar. appell., 7. 43.

(2) L. 5. C. De Pact. conv., 5. 14.

(3) L. 22. D. De leg., 32.

le premier est de beaucoup le plus important : il survivra d'ailleurs à tous les bouleversements législatifs. Des auteurs ne se sont pas contentés de ces raisons qui cependant sont fondamentales et ont cherché à expliquer, mais sans succès, la prohibition d'une autre manière. On a invoqué deux textes au Digeste de Pomponius et de Paul (1) qui qualifient d'inexistante la vente d'une hérédité future, principe sur le sens duquel les auteurs ne sont pas d'accord et ont fourni maintes explications. Mais toute cette discussion a bien vieilli aujourd'hui et l'on s'accorde maintenant à reconnaître que les jurisconsultes romains ne se sont pas occupés à cet endroit de notre prohibition ; il s'agit simplement de la cession d'hérédité ouverte comme dans les articles 1696 à 1698 du Code Civil et la première garantie due par le vendeur à l'acheteur c'est qu'il s'agisse d'une véritable succession : actuelle et non future.

Il faut donc s'en tenir aux motifs que nous avons exposés et qui suffisent amplement.

SECTION II

PORTÉE DE LA PROHIBITION

Les conséquences de cette prohibition sont graves : nullité du pacte, indignité des parties ; aussi importe-

(1) L. 1. 1. 7. D. *De hered. vel. act. vend.*, 18. 4.

t-il de déterminer avec précision la sphère d'application pour notre principe. Il faut d'une manière générale trois conditions, pour que l'acte soit interdit :

a) Qu'il soit fait en prévision d'une succession future ;

b) Qu'il s'agisse de créer, enlever, ou modifier un droit à cette succession ;

c) Que le promettant se présente comme de ejus éventuel, ou comme devant succéder un jour au de ejus.

Il faut donc distinguer du pacte sur succession future l'obligation à terme incertain (1) (mort d'une personne), la rente viagère (2), la stipulation quum moriar, la clause de retour dans une donation, la promesse de tel objet quand je mourrai, etc., qui ne sont que des contrats à terme, sans caractère successoral.

Au contraire rentrent dans la prohibition un partage de succession avant la mort de l'auteur par exemple, une institution contractuelle quelconque, la clause de prorogation de société indiquée plus haut (3). Tous ces cas ne font aucun doute ; mais il nous reste à examiner plusieurs hypothèses délicates dont l'étude nous permettra de mieux circonscrire le domaine de la prohibition. Un seul principe général nous éclairera, c'est que

(1) L. 24. C. *De Donat.*, 8. 54.

(2) L. 1. C. *De Donat. qu.*, 8. 55. — L. 2, *cod. tit.*

(3) L. 1. 52, § 9. 35. 65, § 9. D. *Pro socio*, 17. 2.

nous sommes en matière exceptionnelle et que par suite « *exceptio est strictissimæ interpretationis.* »

En premier lieu, beaucoup d'auteurs (1) s'accordent à reconnaître que la prohibition ne s'applique pas au cas où le pacte a pour objet la succession future d'une personne mais indéterminée : on a traité des successions à venir en général qu'une personne pourra recueillir un jour. On invoque à l'appui des textes assez précis (2), qui sont l'application de ce principe, que « *pacisci de hereditate viventis generaliter licet, at non specialiter* ». D'ailleurs, quoi qu'on en ait dit, l'immoralité du pacte, son danger sont beaucoup moindres ; la présence d'un texte justifie l'exception au droit public et à la liberté testamentaire ; de plus (3) nous trouverons plus tard dans la théorie historique un argument général qui justifiera parfaitement cette manière de voir.

D'autre part il faut remarquer avec Dumoulin, au point de vue des renonciations seulement, que les textes ne les défendent qu'au cas où elles émanent d'enfants légitimes, fils (l. 35, § 1, c. 3, 28), ou fille (l. 3, c. 6.20) ; par conséquent les renonciations faites par d'autres personnes étaient valables ; on verra d'ailleurs plus

(1) CUJAS. VII, col. 791. A. L. 23. D. *De act. emp.*, 19. 1. — VOET. II, t. 14, n° 17. — LAROMBIÈRE. *Oblig.*, I, article 1130, n° 7. — TROPLONG. *Société*, I, 109.

(2) L. l. 1, § 1. 3, § 1 et 2 ; 73 D. *Pro socio*, 17. 2. *Instit. Societ.*, § 4.

(3) *Le Code des siete Partidas espagnoles* (v. liv. IX, tit. X), issues du droit romain, est en ce sens.

loin ce qu'il faut penser de la prohibition des renonciations en général. En tous cas, en dehors des renonciations par les descendants légitimes, il ne pouvait plus être question de *jus publicum*.

Une difficulté non moins célèbre divise les romanistes depuis l'école de Bologne jusqu'à nos jours à propos de notre prohibition : la donation de biens à venir, seule ou jointe à une donation de biens présents, est-elle valable ? Il n'y a aucun texte précis sur ce point. Il faut donc s'inspirer de la pensée romaine et des principes généraux. Barthole (1), Paulus de Castro (2), Cujas (3), Faber (4), Van Wetter, Molitor admettent sa validité. On a bien objecté que l'on violait ainsi la liberté de tester ; mais on peut répondre avec ces auteurs que le donateur n'était pas dépouillé avant d'avoir fait tradition, ce qui pour les biens futurs n'était possible qu'au fur et à mesure de leur entrée dans son patrimoine ; de plus il pouvait toujours acquérir de nouveaux biens jusqu'à sa mort et faire un testament à leur endroit. En tous cas je crois que rien ne justifierait l'application de la prohibition à la donation de biens à venir ; et au cas de donation cumulative de biens présents et futurs non seulement il faut maintenir la première partie de l'acte, parce qu'il n'y a aucune

(1) *Ad. l. 91, § 6. D. De leg.*, 30.

(2) VI. *Ad. l. stipulat. hoc. mod. D. De Verb. oblig.*, l. 40.

(3) IX, col. 1348. *Ad. l. 35 C. De Donat.*, 8. 54.

(4) *De Erroribus Dec.* 48., er. 6, n° 5.

indivisibilité, mais encore conserver le contrat tout entier. (Savigny. Tr. d. dr. rom., IV, 147).

Si la solution à donner à cette question manquait de texte pour la donation de biens à venir, Ulpien (1) avait pris soin de faire remarquer que la renonciation à la querela inofficiosi testamenti était valable ; ce n'était pas, à proprement parler une renonciation successorale ; la querela était une création du prêteur et elle n'avait pas encore l'importance qu'a la réserve héréditaire dans notre droit ; de plus la prohibition des renonciations est plus ou moins certaine dans les textes romains, comme nous le verrons plus loin. « Illud etiam sancimus : ut si quis a patre certas res vel pecunias accepisset et pactus fuisset, quatenus de inofficioso querela adversus testamentum paternum minime ab eo moveretur ; et post obitum patris filius, cognito paterno testamento, non agnoverit ejus judicium, sed oppugnandum putaverit, vetere jurgio exploso, hujusmodi pacto filium minime gravari secundum Papiniani responsum in quo definivit, meritis magis filios ad paterna obsequia provocandos, quam pactionibus adstringendos ». On a bien opposé à notre solution un texte de Justinien (l. 35, § 1 C. De in off test. 3, 28) ; mais à le lire soigneusement on voit qu'il a copié la réponse de Papinien (l. 16 D. De suis 38. 16). et que les mots « quatenus de inofficioso querela » sont le résul-

(1) L. 25 pr. D. *De inoff. test.*, 5. 2. Donation entre vifs avec imputation sur la quarte.

tat d'une interpolation évidente ; la preuve, c'est que la phrase finale ne peut s'appliquer qu'aux renonciations successorales qui forment l'objet de sa constitution « meritis »...

Il en est de même pour la renonciation à la quarte Falcidie (1).

Telle est la portée de notre prohibition en droit romain ; sa sphère est, somme toute, moins étendue qu'elle ne le semblait au premier abord et l'étude des exceptions que lui apportent plusieurs textes affermera encore cette conviction.

SECTION III

EXCEPTIONS A LA PROHIBITION

Il y a lieu de diviser les exceptions à notre prohibition en trois groupes principaux :

- a) Les exceptions à la prohibition de pactiser sur la succession d'autrui ;
- b) Les exceptions à la prohibition de disposer de sa propre succession par contrat.
- c) Les exceptions à la prohibition des renonciations à succession future.

(1) L. 46. D. *De Paet.*, 2. 14, n° 1, ch. 2.

I.

EXCEPTIONS A LA PROHIBITION DE TRAITER PAR CONTRAT
DE LA SUCCESSION D'AUTRUI.

Il est licite de pactiser sur la succession d'un tiers encore vivant dans trois cas :

1. Quand ce tiers a donné son assentiment à l'acte.
2. Quand les parties stipulent une société universelle.
3. Quand elles grevent d'hypothèques des biens à venir.

§ 1.— **Consentement du tiers**

Cette première exception a été introduite par Justilien (1) ; est valable désormais le pacte sur la succession future d'une personne extranea, même régulièrement désignée, lorsqu'elle a donné son consentement à l'acte (2), et qu'elle a persisté dans cette manière de voir jusqu'à sa mort (3), c'est-à-dire qu'elle ne l'a révoqué ni directement ni indirectement ; le consentement doit être exprès ; il ne suffit pas que le tiers ait simplement connaissance de l'acte ; il faut qu'il manifeste clairement sa volonté.

(1) L. 30. C. *De Pactis*, 2. 3. V. aussi l. 2, § 3. D. *De his quæ ut indigni*, 34. 9 *a contrario (vivi ignorantis)*.

(2) J. BOUCHEUL. *Trait. des Conv. de Succed.*, préface, § 7.

(3) *Voluntatem suam eis accomodaverit, et in ea usque ad extremum vitæ perseveraverit.*

L'empereur estime que, dans ce cas, toute immoralité et tout danger ont disparu ; c'est la raison de l'exception.

Mais il ne faut pas oublier que le *de cuius* conserve toute liberté de tester (*et in ea usque ad extremum vitæ suæ spatium perseveraverit*).

§ 2. — Société universelle de tous biens.

La stipulation de *societas omnium bonorum* rend communs tous les biens, même futurs, des associés, par suite leurs successions à venir. Ceci n'est pas une succession pour nous mais seulement pour ceux qui appliquent la prohibition même au cas de pacte sur la succession d'une personne indéterminée. Il nous suffit de renvoyer aux textes cités à ce propos. Ainsi au cas de société universelle « *hereditas... communioni... adquiretur...* ». Cette convention était fréquente entre frères ou entre époux.

§ 3. — Hypothèque de biens à venir.

C'était une clause usuelle à Rome de conférer hypothèque sur tous ses biens présents et à venir ; et les textes admettaient la validité de cette sûreté (l. l. 1. 29. 15 § 1. D. De Pig. et Hyp. 20. 1.) qui protégeait contre le vice résultant du défaut de spécialité.

II

EXCEPTIONS A LA PROHIBITION DE DISPOSER PAR CONTRAT
DE SA PROPRE SUCCESSION

Il y en avait trois : la *divisio inter liberos*, la promesse d'égalité, le pacte successoire entre militaires.

§ 1. — *Divisio inter liberos*.

La *divisio inter liberos* fut d'abord un simple usage, pratiqué par des moyens indirects ; elle est mentionnée pour la première fois par Papinien (1) ; c'était un contrat innomé dont le juge tenait compte dans son *adjudicatio*, après la mort du *pater familias* ; ce dernier seul pouvait faire ce partage entre ses enfants. L'acte était sans effets auparavant, ou simplement un projet, car il se distinguait du *testamentum inter liberos*, qui était un testament privilégié (l. 21 § 3 C. De test., 6. 23.) La *divisio* faisait cesser l'indivision pour éviter les dissensions fraternelles, obligeait les copartagés au transfert de la propriété, à la garantie. Constantin (2) étendit le droit de faire une *divisio* à la mère, Théodose et Valentin (3) à tous les ascendants, et Justinien le soumit à quelques règles de forme. (Nov. 18 ch. 7.)

(1) L. 20, § 3. D. *Famil. ercis.* 10. 2.

(2) L. 21. D. *Famil. ercis.*, 10. 2.

(3) L. 21, § 1. C. *De test.*, 6. 23.

§ 2. — **Promesse d'égalité.**

La l. 15 C. De Pact. 2-3 et la l. 5 C. De Pact. conv. 5. 14. défendaient au père de faire une promesse d'égalité en faveur de sa fille dans son contrat de mariage. Mais l'usage ne s'était jamais plié à cette rigueur, inutile en présence d'une convention très louable (1), et l'empereur Léon sanctionna la pratique en abrogeant cette défense (nov. 19). Le père promettait à sa fille qu'elle lui succéderait par égale portion avec ses frères et sœurs; c'est le contrat d'ἰσομέρεια ou ἰσομοίρια en usage chez les Hellènes.

§ 3. — **Pacte successoire réciproque entre militaires.**

Cette exception très connue vise le cas suivant : deux soldats conviennent sur le champ de bataille, avant le combat, que la succession du prémourant reviendra au survivant. La l. 19 C. De Pactis 2-3. valide cette institution d'héritier réciproque. Bien qu'on (3) ait voulu y voir un testament mutuel de formes privilégiées, je crois qu'il s'agit bien là d'un pacte successoire réciproque.

1) CUJAS. T. IX. col. 94 *ad.* L. 15. C. De Pact. 2. 3 et IV. C. 1333.

(2) FRONTON, SERVIUS. DONNEAU, MERLIN, BESELER. t. II. p. 102.

(3) En ce sens CUJAS, VOET, *op. cit.*

III

EXCEPTIONS A LA PROHIBITION DES RENONCIATIONS
SUCCESSORALES

Il y en a trois également : au cas d'adrogation d'un impubère, d'émancipation d'un *filius familias*, de vente d'un esclave suivie d'un affranchissement.

§ 1^{er}. — **Adrogation d'un impubère.**

Conformément au but de l'adrogation qui était inverse, et pour éviter tout désir de spéculation, l'adrogeant ne devait pas succéder à l'adrogé mort impubère, et il devait renoncer par avance à sa succession ; il le faisait par une promesse envers le *servus publicus* (1), qui pouvait stipuler pour tous les citoyens, et en particulier pour les futurs héritiers de l'adrogé. Plus tard ce rôle fut rempli par un *tabularius*.

§ 2. — **Renonciation du père à la succession
de son fils émancipé.**

Cette exception (2) assez curieuse résulte d'un seul texte du Digeste. Le père qui a reçu de l'argent pour émanciper son fils ou s'est engagé de la même manière

(1) L. 18. D. *De adopt.*, 1. 7.

(2) L. 1, § 3. D. *Si a par. qu. manum.*, 37. 12.

à ne pas attaquer le testament de ce fils émancipé, ne peut revenir sur sa promesse.

§ 3. — **Vente d'un esclave suivie d'affranchissement.**

Une personne vend un esclave et son pécule ; puis elle affranchit l'esclave avant d'avoir fait la tradition ; elle en a le droit puisqu'elle est encore propriétaire. Mais ce vendeur doit livrer à l'acheteur tout ce que l'esclave pouvait posséder avant l'affranchissement, notamment la succession de l'affranchi et garantir cette obligation par une caution (1). C'est la solution des empereurs Dioclétien et Maximien ; elle emporte avec elle la renonciation du vendeur à la succession de son affranchi (2).

Tels sont les exceptions que les textes romains apportaient à la prohibition des pactes sur succession future.

SECTION IV

CONSÉQUENCES DE LA PROHIBITION

La sanction de la prohibition est la nullité des pactes sur succession future ; ces pactes sont nuls, dépourvus

(1) L. 11. C. *De act. emp. et vend.*, 4. 49.

(2) CUIJAS. *Ad. L.* 23. D. *De act. emp. et vend.* 19. 1.

de toute efficacité; ils sont contraires aux bonnes mœurs (1), au droit public, à la liberté de tester, principe fondamental de la transmission successorale par la volonté. Le législateur romain voit même ces pactes avec une telle défaveur, que pour punir l'intention malhonnête, la révolte contre les lois de la part de leurs auteurs, il les frappe de l'indignité.

Toutes les conventions sur succession future visées par les règles prohibitives sont nulles : c'est le principe des lois 1 D. De heredit. vel act. vendit 18. 4 ; 4 C. De inut. stip. 8. 39.

S'il s'agit, par exemple, d'une vente de succession future le contrat est sans effets. Le vendeur de bonne foi (dans ce cas il y a simplement faute de sa part) ou de mauvaise foi (et alors il y a dol) doit des dommages-intérêts (2) à l'acheteur de bonne foi qui croyait la succession ouverte (3) ; l'acheteur réclamera son indemnité par l'action emptio ; s'il est de mauvaise foi, il ne pourra intenter que la *condictio indebiti*.

Le de cujus qui a disposé de sa succession conserve

(1) L. 61. D. De Verb. obl., 45. 1. *Stipulatio hoc modo concepta si heredem me non feceris, tantum dare spondes? Inutilis est, quia contra bonos mores.* L. 4. C. 8. 39.— L. 6. C. 2. 3.

(2) L. 1. 3. 11. D. De pericul. et conv. 18. 6..

(3) L. 8. D. De hered. vel. act. vend., 18. 4. L. 1. 4. 6, pr. 62, § 1. 70. D. De cont. emp., 18. 1. Des auteurs disent qu'il aura l'action *in factum* à l'imitation de l'action *ex empto*. L. 81. D. De relig. et sumpt. funer., 117 par analogie. Cujas. T. VII, col. 691, sur l. 1. 4. 5. 6. D. De contrah. emp. Sur le principe de l'action *in factum*. L. 1. D. De præscrip. verb. 19. 5.

toute liberté de faire son testament ; il n'y a pour lui aucune obligation juridique de respecter le contrat.

L'héritier présomptif qui a renoncé par avance peut adire hereditatem malgré sa déclaration antérieure qui est non avenue (1).

Au cas où il y a eu donation d'une hérédité future, le donataire ne peut nullement se prévaloir de semblable contrat ; il n'aurait pour lui que l'action de dolo s'il a été victime de dol, de manœuvres frauduleuses.

En second lieu les parties qui avaient fait un contrat sur succession future encouraient une grave déchéance: l'indignité ! « Si quis vivi bona donaverit quasi indigno aufertur » (2) ; « ei qui donavit ac postea jure prætorio successit, quoniam adversus bonos mores et jus gentium festinasset, actiones hereditarias in totum denegandas... nam ei ut indigno aufertur hereditas ». L'héritier présomptif qui a cédé par avance sa part successorale se la voit enlever au profit du fisc ; de même le cessionnaire qui avait déjà reçu des mains des héritiers la succession aliénée ne peut la conserver, mais doit la remettre au trésor public ; car il est in pari turpitudine ; d'autre part un droit de créance ne peut se fixer sur sa tête.

(1) L. 27. D. *De acq. vel omitt. hered.*, 29. 2. L. 174. D. *De regul. jur.*, 50. 17.

(2) L. 2, § 3. D. *De his quæ ut indign.*, 34. 9. L. 2, *pr. in fine*. L. 1. 29, § 2. 30. D. *De donat.*, 39. 5.

CHAPITRE II

LA SUCCESSION CONTRACTUELLE DANS LE DROIT ROMAIN DES ORIGINES

Si l'on s'en tenait à la théorie du droit classique et du Bas-Empire, telle que nous venons de l'exposer, la conception romaine sur la succession contractuelle serait incomplète. Les textes que nous avons cités sont de l'époque de Pomponius, Gaïus, etc., pour les plus anciens, de Léon le Philosophe, d'Alexandre pour les plus récents.

Il est donc indispensable de remonter au droit des origines (1), de chercher à connaître les idées des premiers Romains en matière de succession contractuelle, et de se rendre compte du milieu dans lequel se sont développées les premières institutions.

Au début, les Romains ignoraient la notion artificielle du testament, et d'ailleurs comme chez tous les autres peuples primitifs, la propriété était une propriété

(1) V. CIMBALI. *La nuova fase del diritto civile* ch. 7 *Della successione contrattuale*. E. GARCIA HERREROS. *La sucesion contractual*, § 5. III^e p. p. 103. LAMBERT. *Fonction du droit civil comparé*, p. 392, s.

collective ; c'était le système de la copropriété familiale. Il n'était donc question de succession qu'au cas de disparition de tous les membres de la communauté.

Mais au cas où le dernier communiste survivant venait à disparaître, il fallait savoir à qui et comment attribuer le patrimoine foncier resté en sa possession unique. M. Lambert (1) pense que les Romains, comme d'ailleurs presque tous les peuples archaïques, eurent recours à l'adoption pour donner au *de cuius* une famille artificielle.

L'adopté reçoit le status familiæ et la conséquence la plus lointaine du contrat de l'adoption sera pour lui d'avoir la vocation successorale. Qu'au début on ait d'abord surtout cherché à créer une famille artificielle cela est certain et la vocation héréditaire n'en était qu'une conséquence accessoire ; mais peu à peu les idées se transforment, la vie privée change d'aspect, la copropriété primitive s'efface de plus en plus devant la propriété individuelle, et ce souci de créer une vocation héréditaire, d'accessoire qu'il était tout d'abord, deviendra peu à peu dans le dernier état de l'adoption, le principal objectif poursuivi par l'adoptant et l'adopté (2).

Le premier mode de transmission successorale par la

(1) E. LAMBERT, *op. cit.* p. 392 s.

(2) Cet acte a toujours, étant passé entre l'adoptant et l'adopté, ou entre le père naturel et le père adoptif, un caractère bilatéral et irrévocable.

volonté, ce fut donc le contrat entre vifs, faisant du bénéficiaire le copropriétaire du disposant.

Et comme M. Lambert (1) l'a si puissamment démontré, ce n'était là que l'institution primitive qui se retrouve chez tous les autres peuples pris à la même époque de leur histoire, où l'adoption héréditaire se présente sous des formes variées, mais procédant toutes d'un même principe, un contrat successoral entre vifs : l'adoption dans la Grèce, dans l'Inde, en Egypte, Perse, Irlande, dans le pays de Galles, en Chine, au Japon, chez les peuples primitifs de l'Amérique du Nord (2), dans l'Arabie préislamique, dans l'ancienne Assyrie, etc..., les fraternités artificielles (3) (coutumes syro-romaines ; droit byzantin, chartes lombardes, Erbverbrüderungen allemands, aveu de parenté en droit musulman, coutumes slaves, scandinaves). On retrouve cette adoption, mais dans un but moins général, pour affirmer la vocation successorale de celui qui est déjà héritier de par la loi ou pour y appeler un étranger : l'affatomie (4) en droit salique, ripuaire ; le thinx (5) lombard, les contrats d'institution dans les formulaires francs (6), lombards.

(1) LAMBERT, *op. cit.*, p. 412.

(2) AVANT Christophe Colomb.

(3) DIOCLÉTIEN. *Const.* VI. 24. 7.

(4) SCHMIDT. *L'affatomie salique.*

(5) SCHUPFER. *Thinx et affatomie.*

(6) DE ROZIERE. *Formules*, 135. 138. PALUMBO. *Testament romain et lombard.*

A côté de ces actes on voit se former des contrats successoraux plus particuliers encore : les rappels à succession, les dons mutuels, les donations à cause de mort, les legs contractuels (1) et institutions contractuelles tant en Allemagne qu'en France au moyen-âge. Et nous verrons plus tard quel rôle joueront dans ces contrats de succession les intermédiaires de transmission, choisis par le de cujus qui deviendront les exécuteurs testamentaires du droit moderne après avoir été le familiæ emptor romain dans le testament per aes et libram, le Salmann dans les Vergabungen von Todeswegen du droit allemand, l'exécuteur entre vifs du haut moyen-âge dans notre droit français, en droit hébraïque, musulman (2), assyrien, juif (3), égyptien, babylonien, etc...

Il est donc bien certain que Rome n'a pas fait exception à cette règle universelle, et qui d'ailleurs se justifie par la simplicité des premières institutions juridiques. Il reste à savoir maintenant comment s'est manifesté à Rome le contrat successoral, qui se trouve à la base de toute expression de la volonté pour transmettre la succession.

Gaius nous donne la description des deux plus an-

(1) Dont, souvent, l'exécution ne sera garantie que par l'obligation morale de l'héritier à qui l'on impose ainsi un devoir de pitié.

(2) Dans la *Michna*, *Baba Bathra*, f° 126, f° 130.

(3) Bible. Nombres, ch. 27, v. 1. 11, ch. 36, v. 1. 9. Deutéronome, ch. 21, v. 15 à 17, au sujet de partages entre enfants.

ciens actes qu'il appelle testaments (II, § 101 à 105) ; mais le mot de testament dans sa bouche n'a pas d'autre sens que celui de mode de transmission successorale par la volonté opposé à la loi ; il est impossible d'expliquer autrement le sens des opérations juridiques qu'il décrit, qu'en y voyant deux formes successives du contrat successoral. A l'époque des prudents on ne connaissait plus que le testament unilatéral, révocable ; mais c'était le descendant du contrat successoral primitif peu à peu transformé : c'est pour cela qu'on décorait du même nom l'ancêtre lointain.

Le premier mode de disposition appelé improprement testament *calatis comitiis* (ou testament *in procinctu*, quand il était fait à l'armée), procédure exécutée en présence du collège des pontifes, et des *comices par curies* (deux fois l'an), n'avait aucun des caractères du testament véritable. L'assemblée du peuple ne jouait pas un rôle purement passif, mais au contraire comme tous les témoins dans les actes primitifs (au moyen-âge, dans les formulaires), elle collaborait à l'acte, le discutait et finalement était appelée à l'approuver. On comprend facilement qu'un acte de ce genre anéantissait toute faculté de révoquer librement : l'institué acquérait un droit qui désormais ne disparaîtrait plus ; son droit d'autre part se modelait sur celui de l'*heres suus*, et il est bien certain que pour l'éteindre il fallait l'accomplissement inverse des cérémonies qui l'avaient fait naître (*mutuus dissensus*).

Seulement l'on opposera peut-être, comme nous avons déjà eu l'occasion de le dire d'une manière générale, que la règle « *uti legassit...* », formulée par les XII tables, semble bien contredire notre théorie. A ce moment-là, dit-on, une grande partie des formalités a disparu (1) : on n'exige plus l'intervention des pontifes ni la conclusion de l'acte devant les comices. On a cherché à expliquer cette transformation et à montrer que le régime de liberté n'avait d'abord été créé que pour les *res suæ* et seulement beaucoup plus tard pour la *familia*, propriété de la communauté (2), ou bien que le testateur ne pouvait pas tester en présence de *sui heredes* (3), jusqu'au jour où leur droit d'expectative ne pourra plus entrer en lutte avec une *mancipatio* régulière.

Mais tout ceci nous importe peu ; il ne s'agit là que d'une particularité de la procédure ; le fond du droit conféré est toujours le même : c'est un droit de succession contractuelle qui est donné à l'institué. La nécessité de faire l'acte devant l'assemblée du peuple se retrouvera jusque dans notre droit coutumier où les héritiers du sang ont le droit de s'opposer à certaines donations ou institutions contractuelles (4). Mais ce qui reste indéniable, c'est que le testament ca-

(1) POMPONIUS, l. 120. D. *De Verb. signif.*, 50. 16.

(2) CUIQ, en s'appuyant sur la régul. XII. 14 d'Ulpien qui ne parle que de la *res suæ*.

(3) SCHIRMER.

(4) V. plus loin, p. 108.

latis comitiis conférait un droit irrévocable, entraînant des effets immédiats et constituait, par suite, une véritable succession contractuelle. L'institué devenait, comme nous le verrons dans les donations à cause de mort de l'ancien droit allemand (1), le copropriétaire de l'instituant ; c'était un adopté, copropriétaire par suite de l'adoption, comme s'il était suus heres (2).

Après le testament comitial, longtemps après la loi des XII tables, les Romains connurent ensuite le testament par mancipatio, le testament per æs et libram que Gaius nous décrit dans les paragraphes 102 à 105. L'ancien testament comital ne pouvait se faire qu'à deux époques dans l'année ; celui qui se sentait près de mourir ne pouvait souvent pas s'en servir (3) ; de plus, les plébéiens avaient peu à peu fait pénétrer ce mode de disposer de préférence au testament comital à cause des obstacles que les patriciens y avaient semés pour le leur rendre inaccessible. Le testament per æs et libram fut une création du droit coutumier (4) et il arriva peu à peu à supplanter le testament comital à cause de ses nombreux avantages ; mais, comme celui-ci, à l'imitation duquel il était fait, ce n'était qu'un contrat successoral aussi.

(1) V. plus loin, p. 298.

(2) E. GANS. *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung*, II, p. 37 à 74. — SCHULIN. *Das griechische testament verglichen mit dem römischen*, p. 50 à 54.

(3) BESELER. *Erbverträge*, II, p. 187.

(4) HUSCHKE *RHEINISCH. Museum für Jurisprudenz*, VI, p. 292.

On s'est demandé comment il se faisait que la simple convention privée fût arrivée à changer l'ordre de succession légal ; car le droit successoral était d'ordre public à Rome ; on s'est demandé encore s'il suffisait de la simple *mancipatio* pour produire un effet aussi important, et si ce n'était pas, pour ainsi dire, un simple canevas auquel il fallait ajouter la *testatio*, un *legare* ou un *testari*. Mais il est facile de répondre que cette conception d'ordre public s'attachant aux lois successorales est postérieure à l'époque de la *mancipatio*, et que, d'autre part, cette idée de *testari* est également contemporaine de la période des deux derniers siècles avant l'ère chrétienne. Il faut se souvenir que le testament comitial n'était qu'un contrat successoral ; lorsque l'on voulut le remplacer par un autre plus commode, on ne devait penser forcément qu'à un contrat, et l'on se servit tout naturellement du seul contrat connu pour réaliser des opérations juridiques entre vifs : la *mancipatio* ; et ce procédé allait d'autant mieux qu'à cette époque, comme nous l'avons déjà dit, on ne concevait la transmission à cause de mort que comme un acte entre vifs, avec des effets immédiats. Le patrimoine tout entier faisait, comme une autre chose, l'objet de la *mancipatio*.

Celui qui veut disposer de sa fortune pour après sa mort, vend son patrimoine en présence du *libripens* et des cinq témoins ; l'*emptor familiæ* l'achète et le paie en donnant le traditionnel morceau de bronze pour

prix de l'acquisition. L'emptor familiæ acquiert la propriété de la succession ; en réalité il était entendu que jusqu'à la mort du disposant, l'emptor n'invoquerait pas ses droits, mais il était désormais en mesure de faire parvenir après la mort du vendeur les dispositions faites en leur faveur aux différents destinataires. Si le disposant voulait révoquer sa disposition il fallait que l'emptor familiæ consentît à exécuter en sa faveur l'opération inverse et à lui retransférer le patrimoine aliéné.

Le rôle de cet intermédiaire, l'emptor familiæ, ne nous est pas inconnu ; nous verrons que chez tous les peuples primitifs c'est par la création d'un personnage chargé de répartir les biens du testateur que l'on arrivera peu à peu de la notion simple et naturelle du contrat successoral entre vifs à l'idée plus complexe de testament unilatéral et révocable, ne produisant d'effets qu'après la mort ; l'intermédiaire en général doit remettre les biens aux véritables destinataires après la mort du disposant ; si l'acte reste toujours le même, et si l'on supprime l'intermédiaire, on produira mais in abstracto, l'effet du contrat primitif, une disposition qui n'est conclue maintenant avec personne, puisque l'intermédiaire a disparu, mais qui cependant n'a d'effets qu'après la mort ; voilà l'acte unilatéral et sans efficacité durant la vie du disposant ; la révocabilité va alors de soi ; elle se comprend d'elle-même : le de cujus a disposé in abstracto, il a parlé seul, personne n'était

là pour se saisir de son offre, l'accepter ; sa volonté est restée libre, parce qu'elle n'était unilatérale.

Le *familiæ emptor* est le même personnage que le *Salmann* de l'affatomie salienne (1) du *thinx* lombard, des donations à cause de mort du droit allemand (2) ; c'est la même institution que celle du *Treuhänder* allemand, sorte de fiduciaire dont la mission est toujours la même (3). Le service rendu par l'intermédiaire était un service gratuit. Ce rôle est certain pour le *familiæ emptor* ; il n'est qu'un intermédiaire : *loco heredis erat* dit *Gaius*, bien que certains auteurs aient voulu voir un autre sens dans cette phrase ; ce n'est que plus tard que l'*emptor familiæ* s'identifiera avec l'héritier ; mais au début il n'est qu'un intermédiaire de transmission. D'ailleurs la *mancipatio familiæ* n'avait-elle pas été inventée par la pratique : ce mode de disposition était plus commode que l'*adoptio in hereditatem* faite devant les *comices* assemblées ; la mancipation avec l'*emptor* permettait de disposer en faveur d'absents, de posthumes, d'incapables, auxquelles il était impossible de

(1) M. LAMBERT, *op. cit.*, p. 445, assimile plutôt l'affatomie salienne au testament *calatis comitiis*, sous prétexte que le *mallus* correspond aux *comices* ; ceci est certainement exact ; mais il réduit à trop peu l'importance du rôle joué par le *Salmann* dans l'affatomie en le considérant comme accessoire, d'autant plus que rien n'y correspond dans le testament *calatis comitiis*. D'autre part, quoi qu'il en dise, pour l'assimiler à l'affatomie, le testament *calatis comitiis* était cependant, bien que difficilement, un acte également révocable.

(2) BESELER. *Erbverträge*, II, p. 92.

(3) DERNBURG. *Beiträge zur Geschichte des römischen Testamente*, p. 105, § 18.

prendre part à la *mancipatio*. Nous verrons qu'au début du moyen-âge et dans la période qui l'a précédé, les exécuteurs testamentaires avaient été créés dans beaucoup de pays de race latine en vue de rendre les mêmes services. L'emptor recevait donc le patrimoine pour le transmettre : « *Familiam pecuniamque tuam* disait l'acheteur, *endo mandatam tutelam custodelamque meam recipio* ».

Mais le point capital de la *mancipatio familiæ*, c'est que c'était encore un contrat successoral comme le testament *calatis comitiis*, produisant ses effets entre vifs et comme tout contrat : irrévocable ; il est certain que l'on est déjà loin de l'*adoptio in hereditatem* où il semblait bien difficile de procéder à une révocation quelconque ; l'effet est moins absolu puisqu'il suffira du bon vouloir de l'emptor pour tout détruire.

D'autre part, au point de vue de l'histoire de la succession contractuelle, c'est l'acte le plus parfait des époques primitives à Rome, en ce sens qu'il ne s'agit là absolument que de transmettre un patrimoine à cause de mort, but poursuivi accessoirement, surtout au début, dans l'*adoptio calatis comitiis*. En réalité, il fut à Rome comme en Grèce, quoiqu'avec des pouvoirs peut-être de nature différente, l'*ἐπιμελητής*, le trait d'union (1) entre l'adoption héréditaire et le testament proprement dit (2).

(1) SOHM *Institutionen*, § 99. I.

(2) LAMBERT, *op. cit.*, p. 450 à 454.

Remarquons aussi en passant qu'au temps de la *mancipatio familiæ*, on était encore loin du principe de la liberté de tester, principe d'ordre public alors aussi inconnu que l'*ambulatoria voluntas* ; et de plus il n'était guère question d'écarter le contrat successoral, sous prétexte qu'on ne pouvait se servir que du testament, dont on n'aurait guère compris à cette époque le caractère unilatéral, la révocabilité essentielle, ni l'absence d'effets immédiats.

Néanmoins on devait y arriver peu à peu et ce résultat fut obtenu par la transformation progressive de la *mancipatio familiæ*, dont les formalités vont devenir de moins en moins utiles, pour n'être plus en définitive que des antiquités que l'on conservera par routine. La *mancipatio familiæ* avait l'inconvénient de déposséder en droit, sinon en fait, le disposant ; d'autre part l'institution primitive de cette sorte de fiducie, allait marcher sans cesse s'affaiblissant (1), et le devoir moral ne semblerait plus un moyen assez sûr pour que les intentions du disposant fussent respectées ; l'intervention de ce tiers, d'autre part, donnait un certain caractère de publicité à l'acte, inconvénient qui ira sans cesse grandissant avec le développement de la civilisation. Le transfert de l'emptor aux destinataires sera bientôt considéré comme inutile, les héritiers semblent suffisamment habilités par la désignation faite dans la manci-

(1) GAIUS, II, § 105, cf. II, 103.

patio ; plus tard, il paraîtra inutile aussi de transférer le patrimoine à l'emptor, puisqu'il n'a, à son tour, aucun transfert à opérer.

D'un autre côté, comme l'a très judicieusement fait remarquer M. Lambert (1), l'ancien testament calatis comitiis, qui avait été le modèle dont on cherchait, je crois, à se rapprocher, réagit dans une certaine mesure sur la mancipation : quand, d'après Gaius, le disposant s'adresse aux Quirites, ce sont les témoins qui remplacent l'ancienne assemblée du peuple. De cette primitive adoptio in hereditatem, viennent les règles que le testament ne vaut pas sans institution et que « nemo partim testatus partim intestatus decedere potest ». A défaut d'heres suus, de copropriétaire familial, il y avait l'adopté, ou institué contractuel, et à son défaut, c'était la succession ab intestat qui s'ouvrait. S'il n'y avait pas d'heres suus, il pouvait y avoir un adopté ; mais la présence d'un heres suus empêchait toute adoption (2). Si, d'autre part, on changeait la dévolution légale, on le faisait au total, de là l'incompatibilité des qualités d'héritier et de légataire. (Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto), disaient les XII tables.

(1) *Op. cit.*, p. 475.

(2) SCHIRMER. De même que *posthumi agnatione testamentum rumpitur*, de même le prédécès *des sui* ou leur mort *ante pubertatem*, époque où ils ne pouvaient rien sur l'hérédité, permettaient à l'institution comitiale de devenir valable. Il en était de même pour l'affranchie chez les Ripuaires en présence d'enfants. *Loi Ripuaire*. 48.

Sous l'influence de tous ces éléments on en vint tout naturellement à conférer directement à l'héritier les biens que l'on remettait primitivement à l'emptor familiæ; le testament calatis comitiis avait donné l'idée d'une transmission directe; la disparition de l'emptor familiæ donna celle d'un acte qui ne produit d'effets qu'après la mort. L'un des destinataires fut probablement chargé d'abord de jouer le rôle d'emptor familiæ, et pour sa peine peut-être avait-il le legs de residuo; puis ensuite il sembla plus simple de faire ainsi pour tous les autres directement ce que l'on avait fait pour lui et l'on supprima l'intermédiaire de l'emptor familiæ (1).

De l'efficacité de l'acte reculée à l'époque qui suivait la mort du disposant, de la suppression d'une contrepartie, alors que les destinataires étaient censés recevoir du testament lui-même, il n'y avait plus d'obstacle pour passer au principe de la révocabilité.

Mais ce n'est que dans la première moitié du II^e siècle avant Jésus-Christ que, d'après Cicéron, se fait sentir la transformation de la mancipatio familiæ en testament proprement dit (2); car au temps de Plaute on se servait couramment de l'adoption pour disposer de sa succession; et au Bas-Empire le testament conférait pleinement la qualité d'héritier.

(1) BESELER. *Erbvertræge*, II. p. 98, en note émet une hypothèse un peu similaire à la nôtre.

(2) Au moment des lois Furia et Voconia, époque où les testaments avaient attiré l'attention des pouvoirs publics.

En présence de ces institutions nées sur le sol romain, il y a lieu de s'étonner quand on rencontre à l'époque du droit classique et au Bas-Empire la théorie que nous avons exposée au chapitre premier. Comment se fait-il que l'on en vînt à prohiber par principe les pactes sur succession future, alors que l'ancêtre du testament était justement un contrat successoral.

La raison de cette prohibition ne doit pas être cherchée dans les textes, d'où nous avons tiré tout ce qu'ils contenaient ; mais elle doit être demandée à l'histoire des mœurs romaines. Le peuple romain fut, au début de son histoire, célèbre par la rigidité et la sévérité de ses mœurs, devenues proverbiales. Néanmoins, par suite de nombreuses influences, la dépravation ne manqua pas de se glisser dans cette société dont la civilisation allait cependant sans cesse grandissant ; de bonne heure, on vit s'augmenter de plus en plus le nombre d'individus, les *testamentorum captores*, dont l'unique métier était de chercher à capter les héritages de vieillards malades, en employant les moyens les plus déloyaux et les plus malhonnêtes. L'un des personnages de Térence dans l'*Andria* (1) craint d'être traité de *sycophante*, ou de coureur de succession :

... Me *sycophantem*, *hereditates persequi*
Mendi-cum...

(1) Acte IV. Scén. VIII.

Les poètes satyriques flétrissent tous cette profession honteuse ; Horace dans la satire (1), où il flagelle les testamentorum captores : « c'est le seul moyen de s'enrichir sans peine, il n'y a qu'à flatter un vieillard octogénaire et riche, sans tenir compte de sa moralité et de son passé ; il faut préférer les maisons où il n'y a pas d'enfants, pas d'héritier direct ; et même si l'on ne peut tout « attrapper », et que votre cohéritier soit d'une santé délicate, il faut lui remettre sa part et attendre quelque peu ; on aura bien davantage plus tard. » Juvénal (2) tient le même langage et parle sans cesse des cadeaux de toute espèce que les vieillards sans enfants recevaient des coureurs de testament ; Perse (3) raille le gendre qui prie bien haut les dieux de lui donner sagesse, honneur et vertu, et qui, dans le fond du cœur, les supplie de lui enlever son beau-père dans un convoi magnifique ; Martial (4) lui-même, qui cependant, à cause de sa situation peu aisée, avait besoin un peu de tout le monde, ne s'étonne pas que le pauvre n'ait pas d'amis, ni de flatteurs : car il n'y a aucun intérêt à le flatter.

Il n'y avait pas que les poètes satiriques qui flétrissaient ce honteux métier, mais Tacite lui-même en

(1) Satire, V, du liv. 2.

(2) Sat. I. IV. VI. XII.

(3) Sat. 2. vers 7.

(4) Epigramme, liv. 1. 18.

écrivait la *Germania* (1), après avoir fait remarquer que la succession légale était seule connue, fait cette réflexion que l'on ne gagnait rien à se trouver sans enfants, allusion à ce qui au contraire se passait à Rome.

Ainsi comme on le voit tout citoyen riche et sans enfants se voyait environné d'une foule (2) de prétendus amis qui par leurs assiduités et leurs flatteries s'efforçaient à l'envi de se faire instituer ; ces flatteurs l'accablaient de présents, se ruinaient pour poursuivre un héritage incertain ; et la servitude, la bassesse augmentaient au fur et à mesure qu'approchait l'instant décisif. L'avantage d'être riche et sans enfants donnait tant de crédit et de douceurs que pour en jouir quelques pères abdiquaient, déshérिताient leurs enfants ; la moitié de Rome briguait les successions que l'autre moitié lui faisait espérer.

En présence d'un pareil état de mœurs le testament, qui surtout au temps de Térence, n'était guère qu'une *mancipatio*, ou qui tout au moins n'était pas encore le testament des origines, mais quelque peu un contrat successoral, disparut ; ou plutôt l'on défendit tout marchandage par lequel un *testamentorum captor* profitait d'un jour de faveur pour fixer sur lui d'une manière certaine ce qui n'était qu'une espérance. Cet état des

(1) TACITE. *Mœurs des Germains*, XX. V. aussi PLIN L'ANCIEN, XIX. 1

(2) *Turba tamen non deest, sterilem quæ curet amicum.*

mœurs conduisit aussi à hâter le mouvement de transformation, et à faire proclamer peut-être plus tard le principe de révocabilité, de liberté de tester, pour déjouer les entreprises de ces coureurs de succession. La prohibition des pactes sur succession future ne fut donc que la réaction contre ces abus de l'immoralité (1).

Les conclusions du droit romain sont donc les suivantes :

1) Au début le mode par excellence de transmission du patrimoine à cause de mort, c'est le contrat entre vifs.

2) Issu de ce contrat, et pendant quelque temps même parallèle à ce dernier, apparaît le testament proprement dit.

3) A une certaine époque, pour remédier à un état social particulier, les pactes sur succession future sont prohibés d'une manière générale.

4) Néanmoins ce principe subit de nombreuses restrictions et disparaît devant plusieurs exceptions, survivances du contrat successoral primitif.

(1) Une observation générale se fait d'ailleurs sentir au point de vue du droit romain : le pouvoir législatif n'intervient jamais que pour les faits très concrets, par exemple pour obéir à une volonté impérieuse du peuple, ou pour réprimer un abus criant. La principale source du droit était prétorienne.

HISTOIRE DU DROIT FRANÇAIS

L'étude du droit romain nous a donné des conclusions qui vont encore trouver leur confirmation dans l'histoire de notre droit national. Elle nous a mis à découvert ce principe que à l'origine le contrat est à la base de toute expression de la volonté en matière de transmission successorale ; et jusqu'à la fin le droit romain en atteste la survivance ; la prohibition des pactes sur succession future n'est à Rome que la conséquence d'un état social particulier.

Ce principe fondamental n'est pas spécial au peuple romain, il se retrouve chez tous les peuples primitifs, si on les prend au même degré de civilisation. Les Germains, les Lombards, les Burgondes, les Ripuaires, puis enfin les Francs ignorent le testament qu'ils ne comprendraient pas.

Le contrat successoral qui se fait devant les pouvoirs publics et presque toujours avec l'aide d'un exécuteur ou intermédiaire de transmission subsistera longtemps ; ses formalités se simplifieront et à la tradition symbolique succèdera l'acte par écrit.

Mais bientôt au milieu du moyen-âge, l'influence de l'Eglise facilitera la transformation du contrat en testament véritable : avec la renaissance du droit romain la prohibition des pactes successoraux arrêtera quelques temps l'essor du contrat primitif ; pendant cette période il semblera près de disparaître.

Néanmoins les vieilles traditions ne s'étaient pas perdues et au xv^e siècle notre droit français paraîtra se reprendre, renaître de ses cendres et l'on assistera à l'apogée du développement qu'ait jamais obtenu chez nous la succession contractuelle. Ce sera l'œuvre de la pratique, l'œuvre du droit coutumier en même temps que celle des docteurs.

Les pactes successoires sont prohibés en principe, c'est juste ; mais cette défense ne trouve réellement son application que pour le *pactum de hereditate tertii viventis* ; il faut bien reconnaître, il est vrai, qu'à cette époque l'idée de ce contrat ne vient pas à l'esprit des praticiens ; le besoin ne s'en fait guère sentir non plus dans la vie juridique. Peut-être trouverait-on une exception à l'interdiction dans la stipulation de propres. Par contre, les institutions contractuelles, les renonciations jouent un rôle prépondérant ; elles dominent, pour bien dire, toute la succession volontaire ; on les rencontre à chaque pas, sous les formes les plus variées.

Certes, la législation de la France comprenait deux parties, l'une celle du droit coutumier, l'autre celle des

pays de droit écrit ; cependant un principe était devenu de droit commun dans notre ancienne jurisprudence : toute convention de succéder est valable à condition qu'elle soit contenue dans un contrat de mariage.

Cette institution contractuelle, qui existait encore en pleine vigueur avant 1789, c'était l'ancienne affatomie salique, par suite d'une descendance directe.

Le droit romain avait édicté la prohibition à cause d'un danger social ; le droit français avait adopté la compilation justinienne dont l'ascendant s'exerçait alors sur les esprits du ^{xv}^e siècle. Mais cependant avaient subsisté les traditions nationales.

Le droit intermédiaire, en faisant prévaloir la succession légale et l'égalité absolue des héritiers directs, supprima presque radicalement le rôle des conventions successorales ; il les envisageait comme l'un des piliers qui avaient soutenu l'ancienne aristocratie ; il les abolit à peu près totalement et le testament fut aussi quelque peu malmené.

Le Code civil se ressentira de ces trois influences : le droit romain, le droit révolutionnaire et le droit coutumier.

Nous réduirons notre étude historique (1) à l'étendue strictement nécessaire pour montrer l'évolution de la succession contractuelle. Les conventions de succéder acquirent un tel développement du ^{xv}^e siècle à la Révo-

(1) V. Un aperçu général de la question dans Brissaud. *Man. élém. d'hist. du dr. franc.*, t. II. *Dispos. test.*, p. 1578 s.

lution que force nous est bien de n'envisager rapidement que les plus importantes.

Cette étude se divisera en trois chapitres :

- 1) La succession contractuelle des origines au xv^e siècle ;
- 2) Du xv^e siècle à la Révolution ;
- 3) Sous le Droit intermédiaire.

CHAPITRE PREMIER

DES ORIGINES A LA FIN DU MOYEN-AGE

Nous nous proposons d'étudier dans ce chapitre l'apparition du contrat successoral chez les peuples barbares qui se répandirent dans les diverses régions de la Gaule, son développement et ses transformations à l'époque franque, puis sous la Féodalité. Nous diviserons donc cette étude en trois sections :

- 1) Les coutumes barbares ;
- 2) L'époque franque ;
- 3) La Féodalité.

Nous nous sommes particulièrement attaché à étudier la question chez les divers peuples, sans nous astreindre à suivre rigoureusement l'ordre chronologique.

SECTION I

LES COUTUMES BARBARES

Nous n'avons aucun renseignement sur la manière dont se transmettaient les successions en vertu de la

volonté, chez les Gaulois, avant la conquête romaine ; mais les racines de notre droit français seront faciles à découvrir chez les peuples primitifs qui peuplèrent la Gaule, l'Allemagne, la haute Italie, l'Autriche avant et après l'invasion des barbares. Ainsi que l'attestent Tacite (1) et les documents les plus reculés, tous les anciens peuples ne connaissaient d'abord que la succession ab intestat (2) ; c'était la résultante de l'antique copropriété familiale entre membres de la même famille ; comme chez les Romains les survivants restaient simplement copropriétaires, après la mort du prédécédé, dont le décès ne faisait que diminuer le nombre des communistes.

Nous assisterons à la même évolution que chez les Romains primitifs : l'idée complexe de testament restera longtemps inconnue, pour n'apparaître que peu à peu plus tard. Le contrat entre vifs sera le premier qui se présentera comme moyen de traduire sa volonté en matière successorale, le plus souvent possible seulement au cas où il n'y aura pas de copropriétaires survivants, d'héritiers très proches dont le droit serait intangible. Nous allons passer rapidement en revue les premières manifestations du contrat successoral chez les Germains, les Ripuaires, les Lombards et nous terminerons par l'étude des pactes successoraux à l'époque franque.

(1) TACITE. *Mœurs des Germains*, XX.

(2) *Loi Burgonde*, 4. 2. 4. *Wisigoth*. 2. 5. 10.

Cette étude est particulièrement intéressante car elle nous fournit en même temps les sources du droit allemand, auxquelles il ne sera par suite plus nécessaire de revenir.

Avant d'entrer dans le détail, quelques idées générales éclaireront utilement les différentes institutions primitives que nous verrons tout à l'heure.

Toute transmission se fait par tradition solennelle, par *traditio* et *vestitura* (*sala* et *gevveri*) ; la tradition est l'essence même et la *vestitura* ne fait que la confirmer. Un symbole représentait l'objet du contrat : arbre, branche, paille, motte de gazon provenant de l'immeuble. La *vestitura* était l'acte qui affirmait aux yeux des voisins, des parents, la prise de possession : promenade sur les confins par exemple, solennités sur le seuil de la porte. Plus tard elle fut remplacée par un envoi en possession de l'autorité judiciaire. L'assemblée populaire donne l'authenticité à l'acte ; plus tard elle devient trop nombreuse ; les témoins la remplacent, et l'on va sur le lieu où se rend la justice. Enfin la charte interviendra à la place de la tradition, surtout à l'époque franque.

L'idée de copropriété subsiste dans une certaine mesure, malgré l'admission du contrat comme mode de transmission successorale ; on considère aussi comme antinaturel de ne pas laisser ses biens à ses enfants légitimes. Primitivement, on ne peut donner tout son

patrimoine que si l'on n'a pas d'enfants (1); seulement ce principe subira de nombreuses exceptions en faveur des dons ou legs pieux qui sont permis sans limites, malgré de nombreuses protestations attestées par les formulaires. C'est de là que viendra notre institution moderne de la réserve. D'ailleurs, la présence de tous les héritiers du de cujus était souvent exigée lors de la confection de l'acte : c'était lui donner une solennité plus grande.

Le bénéficiaire acquérait un droit réel en vertu du contrat successoral ; seulement on voulait qu'il eût un droit certain sur la chose sans que l'aliénateur en perdît la jouissance tant qu'il n'était pas mort. Le disposant pouvait se réserver l'usus et la potestas (Nutz und Gewer) et on y arrivait par une nouvelle tradition à ce sujet. Mais le moyen le plus courant était de constituer avec le bénéficiaire une copropriété. Les peuples primitifs ne conçoivent pas, comme le droit romain, la propriété en tant que droit indivisible et cohérent. Les nécessités politiques avaient favorisé la formation de communautés, surtout entre héritiers, mais ce n'étaient pas des personnes morales. C'était une véritable copropriété qui s'établissait entre le disposant et le gratifié. La jouissance de la chose était commune et restait pour le disposant telle qu'auparavant. Le survivant, c'est-à-dire le bénéficiaire, resterait seul propriétaire ; d'au-

(1) Ou bien alors avec leur consentement et leur intervention à l'acte qu'ils approuvent.

tre part, le *de cujus* ne pouvait aliéner sans son consentement.

Tradition, consentement des héritiers ou réserve, copropriété, tels furent les trois piliers du contrat successoral aux époques primitives.

LE DROIT GERMANIQUE

A mesure que la propriété commençait à s'individualiser chez les Germains, l'affatomie, dont il est traité par la Loi satique au titre 49 (1), devenait de plus en plus fréquente. Par ce contrat, le *de cujus* transmettait tout ou partie de sa fortune (2) à une personne autre que son héritier le plus proche. L'affatomie était une sorte d'adoption ; mais elle avait déjà un caractère exclusivement patrimonial. Comme tous les contrats des peuples primitifs, elle se faisait par une tradition symbolique (3). Le futur *de cujus* jette une festuca dans le sein d'une personne qui jouera le rôle d'intermédiaire : le Salmann, et il lui fait savoir au profit de qui il veut disposer ; le Salmann s'installe dans la maison du disposant, et s'y comporte comme propriétaire ; puis il

(1) *De Adfathamire. Afetumiae.*

(2) Certains auteurs : THÉVENIN. *Contrib. à l'hist. du dr. germaniq.* Sohm, XIV, n° 54, prétendent que l'affatomie ne s'appliquait qu'aux meubles ; il suffit de lire l'exposé des formalités à accomplir pour se persuader du contraire.

(3) MICHELET. *Les origines du droit français*, p. 114. 120. 126.

exécute la mission qui lui a été donnée, en transférant par la festuca devant le Roi ou dans le Mallus les biens qui lui ont été remis à ce sujet (1). On a discuté le sens de l'affatomie ; on s'est demandé si c'était une adoption, une institution d'héritier, une donation entre vifs ; je crois que c'est bien une convention successorale ; le Salmann est très réellement mis en possession puisqu'il habite la maison ; d'autre part, le disposant n'est pas dépouillé immédiatement ; l'entrée en jouissance n'a pas lieu aussitôt ; ce n'est qu'une vocation définitive à la succession ; la transmission est bien contractuelle, elle est irrévocable ; on retrouve le même genre de convention dans les chartes du moyen-âge où l'intermédiaire s'acquitte aussitôt de son mandat ; mais la jouissance viagère reste au mandant.

On a beaucoup discuté (2) pour expliquer l'intervention du tiers, d'autant plus que le Salmann doit restituer les biens à leur destinataire définitif dans les douze mois qui suivent la conclusion de l'acte. Il s'agit tout simplement d'un moyen auquel on a recouru pour obtenir le résultat cherché : il fallait transmettre des biens : on se servait du contrat ordinaire tel qu'il se faisait entre vifs ; mais si l'on en restait là, le disposant était complètement dépouillé ; le bénéficiaire de l'acte

(1) VIOLET. *Hist. du dr.*, p. 793. PARDESSUS. II^e *Dissertation sur la Loi salique*. DARESTE. *Journ. des savants*, août 1883. Les trois témoins nomment celui qui transmet, l'intermédiaire, le destinataire définitif.

(2) SCHROEDER, p. 334. SCHMIDT, p. 73. *Die Affatomie der Lex salica*.

n'intervenait donc pas directement ; l'intermédiaire le remplaçait et il était tenu, en vertu de sa promesse, de faire parvenir la disposition au destinataire après la mort du disposant ; le résultat cherché était obtenu ; la transmission était faite irrévocablement et n'avait pas d'effet immédiat. Quant à cette tradition, qui devait se faire dans l'année, ce n'était que pour prévenir les tiers, et le bénéficiaire ne l'invoquait pas plus que le Salmann ne prétendait jouir du droit qui venait de se fixer sur sa tête (1).

L'affatome ressemblait au testament *calatis comitiis* par la présence du *Mallus* qui correspondait aux *comices*, et au testament *per æs et libram* par l'existence d'un Salmann qui rappelle l'*emptor familiæ*.

L'institué était dans la situation d'un fils « *loco heredis* » comme disait *Gaius* ; et sa vocation était irrévocable (2).

Au procédé artificiel par lequel on entrait dans une nouvelle famille, correspondait celui par lequel on sortait de sa famille naturelle ; c'était indirectement (et plus tard ce fut le seul but poursuivi) une renonciation à succession future. La Loi salique en traite au titre 63, « *De eo qui se de parentela tollere vult* (3) ».

Déjà au temps de la copropriété familiale où l'un des

(1) En ce sens *BRISAUD, op. cit.*, p. 1583. *KLIMRATH. Hist. du dr. franç.* I, p. 390. D'après *BESLER. Op. cit.*, p. 102, c'était un simple délai légal assez fréquent.

(2) *RIP.* 48. 49, ch. I. *ROTH*, 174.

(3) *BESLER.* II. 2, p. 222.

communistes ne pouvait aliéner sans le consentement des autres, c'était une renonciation indirecte de leur part que de donner leur assentiment.

LE DROIT RIPUAIRE

La loi ripuaire (1) permettait aussi à celui qui n'avait pas d'enfants de transmettre son patrimoine, devant le Roi (2), à une autre personne, par exemple son conjoint, ou même un étranger. Plus tard le contrat pouvait se faire per scripturarum series, seu per traditionem et testibus adhibitis ; par charte ou par tradition. Le contrat avait pour objet le patrimoine tout entier.

Il pouvait avoir lieu entre époux, avons-nous dit ; mais il ne conférait qu'un droit de jouissance viagère après la mort du tradens.

LE DROIT LOMBARD

Les Lombards pratiquaient également un véritable contrat successoire (3), celui qui n'avait ni enfants ni parents pouvait, en observant certaines formes, transmettre son patrimoine ante liberos homines (thingare, de thinx, Garethinx assemblée) tout en conservant l'usufruit.

(1) L, Rip. 48. 49. BESELER. I, p. 103.

(2) Sans quoi ses biens seraient revenus au roi.

(3) BESELER. I, p. 108. — MARGULF, form. 47. — ROSIÈRE, 137. — PERTZ *Leges*, t. IV, p. 329.

On adoptait le bénéficiaire pour qu'il succédât ; c'était l'adopté *in heredem* ; le gratifié ne devenait pas immédiatement propriétaire, seulement il n'acquerrait qu'un droit d'expectative, le droit actuel d'avoir la succession plus tard, à la mort du disposant (1). Le donateur n'avait le droit d'aliéner les biens conférés que si le donataire lui refusait toute assistance (2) ; toute aliénation, en dehors de ce cas, pouvait être attaquée par l'adopté. Cette législation révélait un peu l'influence romaine; aussi, après avoir déclaré d'abord que les dons pieux pouvaient se faire sans aucune forme, arriva-t-elle bientôt à la notion de testament.

LE DROIT BURGONDE

Ce droit permettait également de faire des donations successorales du même genre devant plusieurs témoins (3).

Enfin pour terminer cet aperçu rapide des droits germanique, ripuaire, lombard, burgonde sur la question, il faut signaler une donation (que l'on retrouve aussi en droit franc) que le jeune marié faisait à son épouse le lendemain matin (*morgengabe*) du jour de ses

(1) Certains auteurs lui donnent un droit immédiat de copropriétaire ; à l'origine peut être : car l'adoption remplaçait la famille absente.— Cf. BESELER, I, p. 113. 121. KUGELMANN, p. 4, argument de L. de Luitprand, *longob d. Charlemag.* VI, 19. 78. 79.

(2) *Subveni mihi et res istas conservo in tuam proprietatem.*

(3) *L. Burg.*, 43, § 1. 2.

noces ; il ne faut pas la confondre avec la dot (1) que le mari faisait à sa femme, ni avec le prix d'achat (2) de la puissance maritale (*mundium*). La femme avait sur sa dot un droit de propriété plus ou moins étendu (3), bien qu'il s'absorbât du vivant du mari dans le *mundium* de ce dernier ; ce n'était qu'après sa mort que son droit avait toute faculté de s'exercer. Mais en dehors de la dot et de ce prix d'achat, le mari faisait à sa femme (4), le premier jour de leur vie commune, un don qu'elle avait aussitôt en pleine propriété, mais dont elle ne jouissait réellement que si elle lui survivait, et qui, pour ainsi dire, devait sauvegarder la dignité du veuvage ; c'était une sorte de gain de survie (5). C'est l'origine première du douaire conventionnel (6). Plus tard (et il en sera de même pour le douaire), on sous-entendit le morgengabe et il devint légal ou plutôt coutumier. En tous cas c'était toujours

(1) BESELER. I, 2^e chap. § 12.— GRÉGOIRE DE TOURS. *Hist. d. Franc.* IX. 20.

(2) *L. saliq.*, t. 47. Burg., t. 62. Saxon., t. 68. Wisigoth., liv. 3, t. I, 5. 6.

(3) *Loi de Liutprand*. VI, 35. 61.— ROTHARIS, 167.— MARCULF, formul. 37.— BALUZE, capit. II, p. 14. 27.

(4) *Loi Ripuaire*. t. 37. 2. Burgonde, t. 42. 2.— LIUTPRAND (Lombard) VI, 49. *Pretium virginitatis*.

(5) Le morgengabe eut ce caractère de droit suspendu surtout dans les derniers temps de la période que nous étudions, un peu avant le moyen-âge.

(6) MICHELET, *op. cit.*, p. 46.— THÉVENIN, text. des époq. mérov. et carol. Chartes de Cluny, n° 7 en 833, n° 86 en 905, n° 48 au XI^e siècle, n° 178. 189. 111, en Bourgogne, 175. 179.

là une sorte de donation de succession réalisée lors du mariage.

SECTION II

L'ÉPOQUE FRANQUE

Notre ancien droit à l'époque franque est directement dérivé des législations particulières que nous venons d'étudier chez les divers peuples de l'époque antérieure. Le contrat reste toujours le moyen de transmission successorale par la volonté.

Mais les formalités se sont simplifiées ; l'affatomie est devenue une simple tradition ; les pactes successoraux sont très fréquents à cette époque et les formulaires francs nous en ont conservé de nombreux exemples (1). L'affatomie se fait maintenant par *scripturarum series*.

Les chartes du temps révèlent des interdonations (2), beaucoup de donations mutuelles entre époux (3), des donationes *post obitum* (4), ou avec réserve d'usu-

(1) KUGELMANN, p. 11 s. — MARTITZ. *Eheliches Güterrecht*, p. 221, n° 19. — STOBBE. *Handb. des deutsch. Privatr.*, vol. V, 3^e part. *Test. und Erbvertrage*, 1^{er} ch. Geschichte. — L'acte d'aliénation était relatif à certains immeubles ou à toute la fortune du promettant.

(2) DE ROZIÈRE, 128. 137.

(3) DEMUTH. *Wechselseit. Verf. v. Todeswegen*, DE ROZIÈRE, 245. 253.

(4) DE ROZIÈRE, 212.

fruit (1). Il y avait aussi de nombreuses traditions faites aux églises, ou au saint qui en était le patron, aux monastères surtout, par *traditio cartæ*. Le disposant retenait la propriété viagère du bien transmis et le gratifié devenait propriétaire sous condition suspensive de la mort du premier ; ou bien il y avait transfert complet de propriété et le donataire s'engageait à servir une rente viagère, à entretenir le donateur jusqu'à sa mort (2).

Il y avait encore des chartes d'adoption ou chartes d'affiliationes (3) et aussi un pacte successoire nouveau : le rappel à succession. Nous retrouverons d'ailleurs cette institution dans les coutumes des derniers siècles monarchiques, où elle obtiendra une extension considérable ; elle offrira le moyen d'apporter bien souvent une retouche à la dévolution successorale du droit coutumier.

Le rappel à succession servait à faire venir en ordre utile un successible qui sans cela n'y serait pas venu pour différentes raisons. Ainsi dans la Loi salique (4), où la terre salique revenait toujours aux mâles, le père pouvait rappeler sa fille à la succession de ses biens immeubles ; « *æqualem et legitimam esse constituo he-*

1) MARCULF, 2. 3. 5.

(2) V. de nombreuses chartes dans THÉVENIN, *op. cit.* Le donataire acquérait un droit irrévocable à moins que le disposant ne se fût réservé la révocation dans certains cas (survenance d'enfants, par exemp.).

3) DE ROZIÈRE, 128. 137.

(4) *Lex Salica a Carolo Magno emendata*, t. 62. De Alode.

redem (1) ». Le rappel pouvait servir aussi à faire venir à la succession du père les enfants du fils prédécédé ; car à l'époque mérovingienne, on ignorait la représentation qui justement est issue du rappel : la représentation, c'est le rappel dont l'usage a été transformé en une règle impérative ; de conventionnel, le rappel est devenu légal pour les représentés.

Enfin c'est à l'époque franque aussi (2) que fut le plus florissante l'institution des exécuteurs testamentaires.

Il arrivait très souvent dans les pactes successoraux, et dans ces actes que l'on décorait déjà du nom impropre de testaments, que le disposant ne réalisait pas lui-même la transmission par la tradition symbolique, nécessaire au transfert de la propriété ; il s'en remettait à un intermédiaire, l'*eleemosinarius*, l'exécuteur testamentaire de l'avenir, succédané du *salmann* dans l'ancienne affatomie ; cet intermédiaire avait quelquefois toute liberté dans le choix des bénéficiaires. Grâce à ce moyen, l'acte n'était pas, en général, absolument irrévocable ; le disposant pouvait obtenir de son mandataire un retransfert des biens. Dans certains pays, comme en Italie, c'était un distributeur entre vifs des

(1) *Formul. de MARCULE*, 12, liv. II, ch. X. — V. aussi DE ROZIÈRE, *form.* 131. 168. 172. Edit. de Childebert, II, n° 15, a. 95.

(2) Pour ne pas scinder en deux parties l'exposé des transformations successives qu'a subies l'institution des exécuteurs testamentaires, nous dépasserons l'époque franque, en ce qui concerne cette étude, et nous irons jusqu'à la fin, ou à peu de chose près, de la féodalité.

biens du disposant ; il accomplissait sa mission avant la mort du de cujus.

C'est par l'institution de l'exécuteur testamentaire que l'on parvint peu à peu à la confection du véritable testament. Un aperçu, aussi rapide que possible, de cette évolution, jettera un jour singulier sur l'arrivée progressive des anciens Francs et de leurs contemporains à l'idée du testament, qui apparaîtra au cours du XII^e siècle. Le rôle souvent hésitant et flottant de l'exécuteur montrera combien, chez les peuples primitifs, la distinction entre la transmission successorale entre vifs et la transmission à cause de mort eut de peine à se dégager (1).

Du VIII^e au XII^e siècle, l'exécuteur testamentaire obtient du disposant un droit réel sur les biens transmis ; il le lui faudra bien pour pouvoir les transmettre aux héritiers ; il les aura en sa « potestas », et parlera en son nom dans l'aliénation. Voilà donc bien une transmission successorale à lui faite par le disposant, à charge de remettre les biens aux destinataires, c'est vrai, mais transmission entre vifs néanmoins. Ces pouvoirs de propriétaire lui sont conférés par une tradition ; plus tard, au XII^e siècle, quand le testament sera apparu,

(1) V. sur cette intéressante question la thèse remarquable de M. R. CAILLEMER : *Origine et développement des exécuteurs testamentaires à l'époque franque et au moyen-âge*, à laquelle nous avons emprunté une grande partie de ces développements. On y trouvera, avec les documents à l'appui, la justification historique de toutes les propositions avancées à ce sujet. — V. aussi BESELER, *Erbverträge*, I, 2^e part., § 15. *Von den Vergabungen durch Salmannen*, p. 261 à 288.

il sera ensaisiné sans cela, par le testament lui-même. Mais il n'y a qu'une traditio (par remise du wadium, ou la remise d'une carta, appelée fidei commissum) sans vestitura (l'auffassung du droit allemand) et par suite un transfert de propriété limité ; d'autant plus que le disposant, comme au cas où il agissait directement, se réservait la jouissance ou l'usufruit ; l'exécuteur n'avait donc qu'une expectative (1) qui se réalisait seulement à la mort. Mais sa nomination était toujours irrévocable, sauf de rares exceptions.

Cela provenait du caractère contractuel de l'acte. Même après la renaissance du testament, au XII^e siècle, cet acte restera encore longtemps au XIII^e siècle un acte bilatéral, entre vifs, irrévocable (2). Et ce qui rend cet acte encore plus important au point de vue contractuel, c'est que quelquefois le disposant lui laissait toute liberté pour transmettre certains biens à lui remis ; c'était comme s'il était propriétaire, avec cette seule restriction, que son droit était viager. Cet exécuteur, nommé à titre universel (3), représentait le défunt pour les créances et les dettes. Dans tous les cas, il était souvent gratifié par le disposant du legs du résidu (legatum de residuo), et par là intéressé en partie

(1) En allemand, c'est le droit d'Anfall, Anwartschaft.

(2) En Angleterre, on trouve le même acte, les exécuteurs testamentaires, les *feo feess to uses*, reçoivent tradition par *feoffment*, pour transmettre ces biens aux héritiers après la mort du tradant.

(3) Ce genre d'exécuteur disparaît quand arrivent l'institution d'héritier et le legs universel.

à la transmission ; c'était tout à fait, sinon un héritier, bien qu'il le fût à charge de remise, du moins un légataire contractuel (1).

Mais où les exécuteurs testamentaires avaient les pouvoirs les plus larges, c'était au cas de testament par commissaire ; ils recevaient du transmettant tout le patrimoine disponible, quitte à en disposer à leur gré en faveur de tels ou tels bénéficiaires, sans recevoir aucune indication. Ce genre d'exécuteur se rencontre à l'époque franque et pendant le haut moyen-âge, dès le ^{viii}^e siècle en France ; il est nommé comme les autres, par tradition, il a la saisine, il distribue à son gré. Les pouvoirs furent bientôt restreints par Innocent IV et Henri de Suse, par les coutumes en France vers 1250 ; mais ce testament était aussi pratiqué en Italie, en Espagne (2). Dans certains testaments, l'exécuteur avait le droit de faire même une institution d'héritier de son choix (^{xiii}^e et ^{xiv}^e siècles) (3) ; au ^{xv}^e siècle, ce testament ne fut plus toléré qu'*ad pias causas*. Telle était cette institution exorbitante du droit commun, remise entre vifs de sa fortune par le disposant, à une personne qui la transmettra à son gré.

Les exécuteurs testamentaires devaient, après la

(1) Legs du résidu, au ^{ix}^e siècle en Bourgogne, aux ^x^e et ^{xi}^e dans l'Aquitaine et la Catalogne. De même en Allemagne, en Angleterre.

(2) *FUERO RÉAL. Leges de Toro.*

(3) En Allemagne aussi, en Angleterre (testament de Jean sans Terre, 1216), il s'est conservé très longtemps.

mort du disposant, accomplir leur mission ; s'ils ne le faisaient pas, leur obligation était sanctionnée : le droit germanique et les coutumes du moyen-âge ne repoussaient pas le contrat en faveur de tiers ; et l'on donnait aux bénéficiaires une action contre ces exécuteurs, qui ressemblaient beaucoup à certains fiduciaires romains, action basée sur le contrat synallagmatique, par lequel le de cujus avait désigné ces hommes de confiance pour exécuter ses dernières volontés.

On sait que du VIII^e au XV^e siècle, l'exécuteur testamentaire continue temporairement la personne du défunt ; qu'il est nommé entre vifs à des obligations et sert d'intermédiaire contractuel (sauf dans certains cas où il est lui-même gratifié par le contrat), entre l'héritier directement contractuel et l'héritier testamentaire du dernier droit romain (qui apparaîtra avec la renaissance du droit romain en France). Il s'effacera peu à peu au XIV^e siècle, devant la personne de l'héritier institué (1).

SECTION III

LA FÉODALITÉ

Lorsque commence cette période de l'histoire que l'on appelle la féodalité, les différents droits nationaux

(1) En Angleterre, il est au XIV^e siècle le maître absolu de la succession aux biens personnels ; il a même plus de droits que l'héritier institué.

se dessinent déjà ; l'influence du droit romain, bien qu'inégalement selon les pays, se fait bientôt sentir sur les créations coutumières. Au moyen-âge les droits des divers peuples arrivent à se singulariser, et par suite notre exposé historique revêt, à partir de maintenant, un caractère moins général ; il se réduira à l'étude du droit français ; nous sommes à une bifurcation de notre route, et nous devons laisser de côté les chemins suivis par les autres législations, momentanément du moins ; car nous retrouverons plus tard le développement progressif du contrat successoral (*Erbvertrag*) en Allemagne, évolution qui suivra son cours normal, sans subir les heurts que la succession contractuelle éprouvera en France aux époques que nous allons parcourir.

Nous venons de voir que sous la féodalité, au XII^e siècle, le testament existe et supplante, tout au moins en général, l'ancienne transmission successorale entre vifs, par suite de la transformation progressive des droits de l'exécuteur testamentaire. D'autre part, à mesure que la civilisation se perfectionne, les coutumes se forment dans les différentes provinces, le droit romain renaît avec un grand éclat en Italie, puis bientôt après en France ; les deux tendances de la coutume et du droit écrit apparaissent à cette époque. Sous ces deux influences le droit se développe, différemment selon les pays, c'est vrai, mais les institutions juridiques se pré-

cisent de plus en plus. En particulier le système successoral *ab intestat* est réglementé avec beaucoup plus de détails, et subit l'influence considérable de l'état social, de la hiérarchie féodale ; la succession aux fiefs présente de nombreuses particularités, entre autres le droit d'aînesse, le privilège de masculinité. Le *de cujus* futur pouvait faire connaître sa volonté par le testament ou par la donation à cause de mort, qui se présentait alors sous le même aspect qu'en droit romain ; mais ces deux genres de disposition ne se rencontraient que dans les pays de droit écrit, où le droit romain régnait d'une manière absolue. La donation à cause de mort, réalisée comme en droit romain, et sous les mêmes conditions, constituait ainsi un mode de transmission successorale par contrat, ressemblant beaucoup au legs, c'est vrai, mais bien contractuelle cependant, puisqu'il fallait le concours de volonté chez les deux parties.

Les pays restés franchement en dehors de l'influence romaine ignoraient encore le testament, ou plutôt l'institution d'héritier par testament (et il en sera encore ainsi pendant longtemps) ; mais ils pratiquaient une véritable institution d'héritier par contrat. Ce n'est pas autre chose que la transmission successorale contractuelle que nous avons vue précédemment dans la loi salique ; sous le nom d'affatomie, principe de transmission à cause de mort connu de tous les peuples barbares contemporains des Francs. Ce sont ces adoptions

héréditaires, appelées institutions contractuelles (1) ; elles seront peut-être peu fréquentes au moyen-âge, à cause de la réprobation des romanistes ; mais elles reprendront une grande vigueur à la fin du régime féodal, et elles seront très répandues dans les contrats de mariage (d'ailleurs, elles ne pourront plus se faire que dans ces contrats).

En effet, lorsque, malgré de vives résistances de la part des hauts dignitaires de la suzeraineté, on finit par admettre la patrimonialité du fief, le suzerain cherchait, par tous les moyens, à conserver la puissance la plus absolue sur le vassal, surtout pour l'avenir. Dans plusieurs concessions de fiefs, le suzerain réglait par avance la succession. « Breviter scias quod in successionem feudi certa non potest regula dari, propter diversas consuetudines et propter diversa pacta et conventiones quæ in eis apponi consueverant (2). » C'était dans ce cas une succession contractuelle : le vassal instituait pour après sa mort un héritier, et le seigneur l'agréait. De même, lorsque ce vassal n'avait que des filles, il leur fallait le consentement de leur seigneur pour se marier, et dans ce contrat de mariage elles de-

(1) *Lois de Rotharis*, ch. 173. — PERTZ. *Leges*, t. IV, p. 329. — DE ROZIÈRE, formul. 137, p. 174. — Formul. 47 de l'append. de MARCULF, de ZEUMER, p. 204, la 42^e formule de sens.

(2) Liv. de JEAN D'IBELIN, ch. CXCV, n° 25, p. 312. — STRUVIUS, Syntg. J. feud. c. 4, n° 12, p. 125, n° 16. *De judicio feudali*, p. 604. — GOLDAST. *Formulæ Alsaticæ*, form. X. CANCELLI, t. II, p. 406. — Néanmoins, le don de biens à venir, ou institution contractuelle, pas plus que le don mutuel entre époux ne figurent dans les établissements de Saint-Louis.

vaient instituer pour futur héritier, celui que le suzerain voulait avoir pour vassal après leur mort (1). (Boerii. Decisiones decis, 155, n° 8, p. 290 ; sect. 204, n° 3, p. 386).

En ce qui concerne les filles, les coutumes féodales furent aussi la source d'une autre sorte de succession contractuelle, les renonciations à succession future. Dans les premiers temps de la féodalité, les filles ne succédaient pas aux fiefs (2), et en échange leurs frères devaient leur procurer une situation en rapport avec leur naissance (3) ; plus tard elles finirent par obtenir un droit de succession (4), inférieur cependant à celui de leurs frères ; seulement dans beaucoup de familles s'introduisit l'usage de les faire renoncer par avance ; cet usage était admis par les lois (5) et les coutumes, surtout lorsque la renonciation était faite librement « nec vi, nec dolo præstita ».

Dans les pays du Midi, où le droit d'aînesse n'existait pas puisqu'on ne pouvait pas l'emprunter au droit romain, on faisait beaucoup de substitutions fidéicommissaires. Et même dans certains pays, on arrivait au même résultat par des clauses du contrat de mariage,

(1) MONTESQUIEU. *Esprit des lois*, l. 31, ch. 34.

(2) *Libri Feudorum*, I. 1, § 4, tit. VIII. — CUJAS. *Fiefs*, liv. I, tit. I.

(3) MIROIR DE SAXE. *Etablissements de Normandie*, 1. 14.

(4) *Liv. de Justice et de Plet.*, XII. 7, § 3. — *Durantis speculum*, p. 311. — BEAUMANOIR, tit. 14. — GIRAUD. *Le Droit français au moyen-âge*.

(5) SENT. BONIFACE VIII, I. XVIII. 2. *Les Olim*, édit. Bugnet, t. I, p. 139. Dans les pays soumis au droit canonique il fallait une confirmation par serment.

ou même encore dans ce contrat on faisait des déclarations d'ainé ou reconnaissances d'héritier principal (1). C'était toujours là des modes de transmission successorale par voie de contrat.

On retrouve également sous la féodalité le douaire qui provient de la fusion des trois anciennes libéralités des peuples barbares : dot, morgengabe, prix du mundium, faites par le mari à sa femme. C'est un gain de survie accordé à la veuve (2) ; en général, à cette époque, il était légal, c'est-à-dire coutumier ; mais la loi n'avait fait que présumer la convention qui subsistait à côté d'elle (3). C'était encore là une succession contractuelle ; d'autant plus que dans le début, le douaire pouvait être conféré pendant le mariage et donnait surtout primitivement un droit de propriété (4) véritable à la veuve sur un ou plusieurs des biens du mari. Quelquefois le douaire n'était même qu'une simple promesse ; dans certains cas, si, par exemple, le mari constituait le douaire sur son principal hébergement, il lui fallait le consentement de son héritier. Le douaire empêchait le mari d'aliéner les biens confiés à titre de dotation, même quand ce fut devenu un droit purement

(1) GLASSON. *Hist. du Droit et des Institut. de la France*, t. VII, 4^e part. Le moyen-âge, ch. 16, § 22. Le testament.

(2) PLANIOL, t. III, § 891. — MARCULF, 47. — DE ROZIÈRE, 137.

(3) DESMARES. *Décisions*, n^o 219.

(4) Au ix^e, x^e et xi^e siècles. GLANVILLE, VI. 17. *Etabl. de Saint-Louis*, I. 12. 14. 133.

viager. Au xvi^e siècle (1), la douairière eut même la saisine au cas de douaire conventionnel, ce qui originaiement était réservé au douaire coutumier. Enfin elle pouvait renoncer (2) à son douaire pendant le mariage. C'était bien là aussi une transmission successorale par contrat : succession à un usufruit dans la suite, mais succession en pleine et entière propriété à l'origine (3).

On pouvait aussi stipuler le douaire conventionnel en faveur des enfants à naître du mariage ; mais cette institution tomba vite en désuétude.

Telles sont les transformations que subit le contrat successoral primitif sous l'influence du droit romain et du droit canonique, comme aussi les créations (4) dues à l'état tout particulier de la société sous la féodalité.

Il va sans dire que cet aperçu général, et aussi succinct que possible, n'est que le résumé de l'impression produite par les multiples coutumes féodales, variant à l'infini selon les époques et selon les pays. D'un autre côté, nous n'avons pas insisté sur les institutions de transmission successorale par contrat, précédemment passées en revue, puisque ce sont, mais prises à leur naissance, celles mêmes du droit qui ré-

(1) *Cout. de Paris de 1580*, a. 256.

(2) OLIM, I, fol. 165.

(3) GLASSON, *op. cit.*, § 19. « Quod Medionalenses dicunt accipere uxorem ad morganaticam, alibi ex lege salica. » *L. Salic.*, t. I, 29.

(4) Rappelons aussi que pendant toute cette période subsistaient toujours les exécuteurs testamentaires, dont la nomination, plus ou moins irrévocable, les pouvoirs souvent très étendus, donnaient au testament une allure sensiblement contractuelle.

gira la France, soit sous le nom de droit coutumier, soit sous le nom de droit écrit, jusqu'à la Révolution, institutions auxquelles nous allons consacrer maintenant d'assez longs développements, à l'époque de l'histoire qui s'étend de la fin du moyen âge à la Révolution

CHAPITRE II

DE LA FIN DU MOYEN AGE A LA RÉVOLUTION

L'histoire du droit successoral dans la période qui s'étend de la féodalité à 1789 est extrêmement complexe ; le droit privé en France n'est-il pas, à cette époque, composé de quatre systèmes juridiques distincts, s'appliquant parallèlement et distributivement (1), tout en réagissant l'un sur l'autre d'une manière inévitable : la coutume, le droit romain, la législation des ordonnances et le droit canonique. On sait que l'on divisait la France au point de vue des deux premiers systèmes, en pays de droit coutumier et en pays de droit écrit. Dans les premiers, la coutume tenait la place du droit commun, alors que c'était le droit romain qui l'avait dans les seconds. Aussi la pensée générale de ces deux régimes juridiques procédait-elle au point de vue de la transmission successorale de principes totalement différents.

(1) ESMEIN. *Cours d'hist. du droit. franç.*, 1V^e part. La coutume et la loi depuis la format. du drt. coutum. Observat. prélim., p. 706, 3^e édit.

En droit coutumier, l'adage de Glanville résume sa pensée : « Deus solus heredes facere potest, non homo » ; c'est la vieille idée de copropriété familiale que nous avons vu chez les peuples barbares, ce sera l'origine de la règle : « Institution d'héritier n'a point de lieu. »

L'esprit du droit écrit met à la base de son système la volonté du testateur ; comme en droit romain l'hérédité testamentaire a le premier rang ; seulement le formalisme exigeait une institution d'héritier dans le testament et l'application de la règle : « Nemo partim... »

Mais ces deux systèmes parallèles vont aller sans cesse se transformant, en réagissant réciproquement l'un sur l'autre. Le testament pénétrera peu à peu dans les pays coutumiers, le legs universel tiendra bientôt lieu d'institution d'héritier, le testateur deviendra libre de disposer de ses meubles et acquêts, d'autre part en droit écrit, les deux règles issues du formalisme romain viendront à disparaître ; les deux législations du Nord et du Midi tendront à se fusionner, il n'y aura presque plus de différences entre le legs universel des coutumes et l'institution d'héritier du droit écrit (1).

Au point de vue spécial qui nous occupe, au sujet de la transmission successorale par contrat, on comprend bien que le droit écrit suivait les errements du droit romain ; les pactes sur succession future étaient géné-

(1) E. LAMBERT. *De l'exhérédation et des legs*. Introduction, p. 1. 5 et suiv.

ralement prohibés ; néanmoins il y avait des exceptions considérables ; ils étaient permis dans les contrats de mariage en faveur des époux ou des enfants à naître, sur l'universalité ou une partie seulement de la fortune du donateur.

On autorisait aussi l'institution contractuelle d'un héritier dans un contrat de mariage, car ce principe de droit commun s'était étendu à toute la France (1).

Ce principe provenait des pays coutumiers où l'on peut dire que l'exception des pays de droit écrit y était la règle ; les contrats successoires s'y présentaient sous les formes les plus variées : institutions contractuelles, reconnaissances d'héritier, renonciations des filles à la succession de leurs parents, promesses d'égalité, etc. Il est certain qu'au moyen-âge les institutions contractuelles avaient été peu fréquentes par suite de l'influence de l'Eglise qui faisait peu à peu prévaloir le testament unilatéral et révocable. Mais, par contre, il y avait les vieilles traditions du contrat successoral primitif dont nous avons vu tant d'exemples dans les formulaires francs ; il ne pouvait donc être question de prohiber les pactes successoires, application du principe primitif de toute succession volontaire. Il est vrai que le droit coutumier avait peu à peu affirmé la prépondérance de la succession ab intestat, idée qui descendait directement de la copropriété familiale ; rivale

(1) POTHIER. *Oblig.*, n° 132. Partie I, ch. I.

de la succession contractuelle originaire, la succession ab intestat avait fini par la supplanter et imposer la règle « institution d'héritier n'a lieu ». Le droit de la monarchie française à la fin du moyen-âge rendit au contrat successoral ce qui lui avait été enlevé ; mais, par contre, il avait fallu faire des concessions au droit romain qui réprouvait les pactes sur succession future, et son action était d'autant plus vive que la législation de Justinien était seule connue.

Pendant tout l'ancien droit la théorie du droit classique et du Bas Empire sera le système attribué au droit romain et elle exercera un pouvoir dominateur (1).

Cependant, comme tous les jurisconsultes le font remarquer, il y avait une force invincible que la pratique et la coutume avaient fait entrer dans les mœurs, la « convenance de succéder » ; à côté de l'héritier de la coutume il y avait « l'héritier conventionnel ou contractuel (2) » « *Hujusmodi pacta in Gallia sunt in frequenti usu* (3) ». Seulement, pour donner satisfaction au droit romain, dont l'ascendant croissait sans cesse dans le droit commun de la France, on défendit les pactes sur

(1) En outre, on voit peu à peu se former cette idée : la dualité des moyens d'exprimer la volonté en matière de dispositions : donation entre vifs et donations testamentaires, telles sont les deux « catégories juridiques » dont on ne voudra plus sortir ; et ce sera un argument de plus contre les pactes successoraux.

(2) BRODEAU SUR LOUET. Lettre S. somme 9. — CUIJAS, ad l. 26. D. *De verb. oblig.*, 45. 1.

(3) DECIUS. *Consilium*, 225, n° 1.

succession future qui n'étaient pas contenus dans un contrat de mariage. C'était sous l'ancienne monarchie un contrat de famille qui pour ainsi dire réglait tous les intérêts patrimoniaux ; et pour lui on ne voulut jamais reconnaître la théorie romaine : « la faveur des contrats de mariage était aussi grande dans notre jurisprudence que celle des testaments à Rome (1) ». Aussi, du moment qu'un pacte sur succession future était dans un contrat de mariage, le seul fait d'y être contenu le réhabilitait et, par suite, il était valable (2). Il n'était plus nécessaire, comme il l'avait fallu quelquefois au moyen-âge, qu'il fût confirmé par serment ; c'était resté une règle de droit canonique (3). Tout pacte sur succession future, quel qu'il fût, était valable pourvu qu'il fût la clause d'un contrat de mariage (4) : toutes conventions de succéder étaient admises dans ce cas ; les trois espèces de pactes successoires que nous avons souvent distinguées étaient sanctionnées en pareille occasion : pacte sur la succession d'un tiers vivant, disposition de sa propre succession, renonciations successorales.

Et c'était un principe de droit commun dans toute la France ; même au cas de silence de la coutume il s'ap-

(1) BOUCHEUL. *Convention de succéder*. Préface.

(2) BRODEAU SUR LOUET, *op. cit. ibid.* — DUMOULIN, *consilium*, XV, t. 2, p. 848. — DOMAT. *Lois civiles*, liv. I, tit. III, sect. 4 à 8.

(3) GUY COQUILLE. Sur l'article 12, tit. 27. Cout. d. Nivernais.

(4) « *Moribus hodiernis hujus modi pactum valet in contractu matrimonii.* » — PEREZIUS. *De Pactis conventis*, n° 10.

pliquait (1) ; et en effet il y avait beaucoup de coutumes qui ne le proclamaient pas en termes exprès (2), c'était l'œuvre du droit coutumier, de la pratique, sanctionnés par les jurisconsultes et les docteurs qui étaient tous unanimes en ce sens (3).

En dehors du contrat de mariage, le droit romain reprenait son empire et par suite la prohibition s'appliquait (4), sauf cependant les exceptions que le droit romain reconnaissait et qui en général étaient maintenues, surtout dans les pays franchement de droit écrit. Ainsi Decius (5) remarque que la convention entre frères par laquelle le survivant doit succéder au prédécédé est valable ; c'est tout simplement un souvenir du contrat permis entre frères consortes.

D'autre part, comme nous le savons par le témoignage de Dumoulin (6), le pacte sur succession future n'était prohibé que s'il était fait à titre universel ; au contraire s'il était limité à certains biens, à une certaine part de l'hérédité, la coutume et la pratique le

(1) GUY COQUILLE. Sur l'article 12, tit. 27 de la Cout. de Nivernais. Arrêts de Le Prestre. Centurie I, ch. 23, p. 86.

(2) Le principe est émis par exemple par : Cout. d'Auverg., t. 14 article 31, de Nivernais, t. 27, article 12. « ... en contrat de mariage... convenances de succéder... sont bonnes valables », de Marche, article 294, de Bourbonnais, article 219.

(3) ROUSSEAU DE LA COMBE. V. Renonc. sect. I.

(4) D'AGUESSEAU. Let. au Parl. de Besançon, 27 mai 1736, édit.— PARDESSUS, t. XIII, 140 à 146 et Let. du 9 oct. 1736.— BOURJON. *Des success.* 2^e part. ch. XIII, sect. 3, article 35.

(5) DECIUS. *Consil.*, 203, vol. 1.

(6) DUMOULIN, t. II, p. 848. *Consil.* XV, n° 3. 4. 9.

reconnaissaient purement valable (1), et cette exception créée par la vie journalière avait été admise par de nombreux docteurs et jurisconsultes. C'était également devenu un principe de droit commun.

Par conséquent ce que l'on prohibait c'était le vrai contrat successoral, qui transférait le patrimoine tout entier ; si ce contrat était contenu dans un contrat de mariage, il devenait par là même entièrement valable. D'ailleurs à côté de ces exceptions il y avait la donation à cause de mort, qui était rare à l'époque franque dans les formulaires mais plus fréquente au moyen-âge où elle se présentait avec tous les caractères qu'elle avait en droit romain (2).

La donation à cause de mort existait dans l'ancien droit comme mode de disposer intermédiaire entre la donation entre vifs et le testament ; elle était de son essence subordonnée au prédécès du donateur et révocable (3). Elle fut admise dans les pays de droit écrit d'une façon régulière, comme tradition romaine. Mais après avoir été reconnue par les anciennes coutumes (4), sa validité fut bientôt discutée (5) : la plupart des cou-

(1) *Salvant praxim et consuetudinem* ; c'était dans l'intérêt de la noblesse, pour sauver la splendeur du nom qu'avaient agi les docteurs. DECIUS, OLDRA, ANGEL, PERUS, EGIDIUS BELLAMERA, STEPH. BERTRAND, CARO RUI, LUDOV. GORADI, CEYMO, CRAVETA, BARTHOLE, ad l. 61. D. *De Verb. obt.*, 45. 1, et ad l. 30 C. *De Pactis*, 2. 3.

(2) GLASSON. *Hist. du droit et des inst. de la France*, t. VII, p. 53.

(3) Elles ne saisissent pas : Cout. Nivernais, liv. 27, article 6. Auvergne, tit. LXIV, article 14. — FERRIÈRE. *Dict. de droit*. V. Donation.

(4) Etablissements de St-Louis, I, 64. 132.

(5) RICARD. *Donat.*, ch. 2, n° 37 à 43.

tumes n'en parlaient pas expressément : certaines en indiquaient les formes (1), d'autres l'excluaient (2) purement et simplement. Ce qui se produisait le plus souvent, c'est que l'on refusait le caractère de donation entre vifs à celle qui était faite par la personne malade de la maladie dont elle devait mourir ; on y voyait alors une simple donation à cause de mort (3), révocable, odio suggestionum, et valable seulement quand on avait observé les formes du testament. Cependant une personne en bonne santé pouvait faire une donation à cause de mort, sans observer les formes du testament ; c'était du moins la généralité du droit des coutumes qui l'admettait.

Néanmoins, on tendait sans cesse à la confondre avec le testament (4) ; elle était battue en brèche par de nombreux auteurs ; et l'ordonnance de 1731 (a. 13) la fit disparaître du nombre des dispositions à titre gratuit ; il n'y a plus que deux formes de disposer de ses biens à titre gratuit : les donations entre vifs et les testaments ou codicilles. Toutes donations à cause de mort, excepté celles qui se font par contrat de ma-

(1) Nivernais, tit. 27, article 4. Auvergne, tit. 14, article 12, article 38.

(2) Cout. d'Amienois et Vermandais. Cout. de Blois, article 170.

(3) POTHIER. *Trait. des Donat.*, sect. I, article 1. Article 277, cout. de Paris.— BRODEAU SUR LOUET, let. D. ch. 10. — RICARD. *Donat.*, part. I, ch. II, n° 43. — FERRIÈRE, sur l'article 277, n° 47, d. Cout. d. Paris.— LALANDE. Sur Cout. Orléans. Préface du tit. des testaments.

(4) Parce que son caractère de révocabilité était considéré comme le seul essentiel pour ainsi dire ; il devenait de sa nature. FERRIÈRE. *D. de Drt. V. Donat.* — BOUTARIC, I, 45. — LAURIÈRE SUR LOISEL, 667. — RICARD. *Donat.* 2. 37.

riage, ne pourront plus se faire que par ces deux actes types.

D'après le principe général que nous avons émis tout à l'heure, l'étude de l'ancien droit depuis la fin du moyen-âge jusqu'à la révolution, consistera à passer en revue les plus importantes parmi les variétés que présentent les conventions de succéder ; presque toutes sont tolérées, parce qu'elles font partie du contrat de mariage.

Il y a en premier lieu les renonciations à succession future, soit directes, et dans ce cas, permises seulement dans le contrat de mariage, soit indirectes, sous forme de consentement donné par l'héritier présomptif à la donation ou au testament de son auteur.

En second lieu, il faut grouper autour du contrat de mariage les institutions contractuelles, soit sous forme d'institution contractuelle proprement dite, ou comme donation cumulatrice de biens présents et à venir, ou enfin en tant que promesse d'égalité.

Un troisième groupe est constitué par les dispositions qui ont pour but de confirmer ou de modifier la loi successorale, mais qui ne sont pas nécessairement liées au contrat de mariage ; nous verrons quelle influence aura sur leur efficacité cette circonstance accessoire. Ce sont les institutions en faveur d'héritiers présomptifs, soit des reconnaissances ou déclarations d'ainé et héritier principal, soit des rappels à succession.

En quatrième lieu le contrat de mariage peut conte-

nir des clauses relatives soit au droit de succession des enfants à naître, sous forme de clauses d'affrérissement, soit à la réglementation de la propre hérédité de ces enfants, en tant que stipulation de propres.

Les libéralités entre futurs époux ou entre époux existaient dans l'ancien droit, tradition que notre Code civil a suivie en partie et ce cinquième groupe comprend les donations entre futurs époux par contrat de mariage, le douaire conventionnel et le don mutuel entre époux.

Enfin le droit romain en même temps qu'une pratique ininterrompue sanctionnaient ce que l'on appelait l'anticipation de succession, soit incomplète sous forme de simple partage d'ascendant, soit complète sous forme de démission de biens jointe à un partage d'ascendant (1).

I^{er} GROUPE

RENONCIATIONS

Ce premier groupe comprend :

§ 1. Renonciations directes, proprement dites.

§ 2. Renonciations indirectes ou consentement des héritiers.

(1) BOUCHEUL. Ch. 8, p. 93. Nous n'étudierons pas ici la reversion des choses données, succession contractuelle particulière dont nous ferons l'histoire à propos du retour successoral de l'article 747 (C. civ.).

§ 1. — **Renonciations directes ou Renonciations à succession future.**

On se souvient que sous la féodalité s'était formée la pratique courante de faire renoncer les filles de la noblesse à la succession future de leurs parents ; la renonciation existait déjà en droit salique sous forme d'abandon de parenté. L'usage des renonciations se conserva pendant tout notre ancien droit ; c'était la conséquence du privilège de masculinité établi pour les fiefs ; de plus on se permettait ainsi de « conserver les biens dans les familles, soutenir la splendeur du nom ». Aussi pour la même raison faisait-on renoncer également les puînés mâles au profit de leur frère aîné. Les renonciations étaient donc une coutume fréquente que l'on rencontrait en pays de droit écrit comme en pays coutumier.

La condition nécessaire de validité était pour les renonciations d'être dans un contrat de mariage. Dans certains, pays l'influence du droit canonique, pendant un certain temps, comme en Allemagne, faisait exiger la confirmation de la renonciation sous la foi du serment (1).

Mais la nécessité du serment ne fut jamais un principe de droit commun.

Les renonciations furent d'abord restreintes aux

(1) BONIFACE. VIII, ch. *quamvis* II. *De pact.* Décret. liv. VI.

pays coutumiers (1), plus tard étendues à ceux de droit écrit ; leur validité fut alors un principe général. Les filles renonçaient dans leur contrat de mariage, moyennant une dot, soit à la succession de leurs parents, soit même encore à celle de leurs frères. Les puînés renonçaient de la même façon en faveur de l'aîné. Il fallait que le motif fondamental des renonciations pût exister : splendeur du nom, biens patrimoniaux à conserver. Les mineurs pouvaient renoncer. La renonciation de la fille à la succession de son père était présumée en faveur de tous ses frères germains et consanguins, sauf clause contraire : La renonciation devait être expresse, être compensée par une dot, presque toujours au moins égale à la légitime (2), payable à bref délai. Mais il n'était pas nécessaire que les bénéficiaires indirects intervenissent dans le contrat de mariage du renonçant.

Comme tout contrat la renonciation était irrévocable, était résolue par l'inexécution de la condition, c'est-à-dire de la promesse de dot « *desciente causa propter quam facta est* ».

Il en était de même au cas où le bénéficiaire indirect de la renonciation mourait avant le renonçant et sans laisser d'enfants ; ou encore si la personne à la succession de laquelle on avait renoncé venait à mourir avant la célébration du mariage (3).

(1) Auvergne, XII, 133. — Bourgogne, D. VII, 12. — Cont. III, 48. — Marche, 245. — Bourbonnais, 309. — Nivernais, XXIII. 24.

(2) Bourges, IX, 34. — Montargis, XII, 1. — Orléans, article 37.

(3) Article 305 de la cout. du Bourbonnais.

Enfin la renonciation à succession future pouvait être annihilée par le rappel ; celui à la succession duquel le renonçant avait renoncé, le rappelait à la succession.

Dans certains coutumiers, la renonciation des filles fut même considérée comme sous-entendue dans leur contrat de mariage ; c'était devenu plus qu'une clause de style ; cela prouve combien l'usage en était fréquent.

D'ailleurs certaines coutumes rendaient inutile la renonciation des filles à la succession de leurs parents. Plusieurs les excluaient (1) « ne fussent-elles dotées que d'un chapel de roses ». A Paris et à Orléans elles étaient simplement tenues de rapporter leur dot à la succession du constituant.

Pour cette exclusion, il faut que la fille soit mariée avant l'ouverture de la succession, ait reçu sa dot avant cette ouverture ; cette exclusion est au profit de ses frères mâles. Mais la fille mariée pouvait être « réservée » par le contrat de mariage à la succession de ses parents ou y être rappelée.

§ 2. — Renonciation indirecte ou consentement des héritiers présomptifs.

On n'a pas oublié que chez les peuples primitifs, où

(1) Cout. de Normandie. — Tours, article 284. — Anjou, article 241. — Le Maine, article 258.

le système de la propriété était une copropriété familiale, l'un des copropriétaires ne pouvait rien sans les autres ; tout particulièrement il lui était impossible d'aliéner seul (1). Plus tard, un vestige de cette ancienne nécessité se retrouve pour le propriétaire unique vis-à-vis de ses héritiers les plus proches (*sui heredes* du droit romain), dont il lui faut le consentement pour aliéner ses biens, tout au moins les donner, comme s'ils étaient encore ses copropriétaires. Le consentement que les héritiers présomptifs donnent à la libéralité de leur auteur n'est, au fond, de leur part, qu'une renonciation à succession future. Cet assentiment des héritiers du sang subsiste encore longtemps dans quelques coutumes ; c'est une manifestation issue directement de l'idée ancienne dont on trouve là une vieille application, idée que le contrat est le mode normal de transmission successorale par la volonté ; le de cujus dispose de sa propre succession et ses réservataires y consentent en renonçant partiellement à leur droit.

Comme le code gallois de Howelda (2), la coutume du Hainaut (3) défendait le testament et ne permettait la donation entre vifs qu'avec le consentement des proches (4). Les coutumes de Picardie, d'Amiens, de Ponthieu, ne toléraient les donations entre vifs qu'avec l'as-

(1) E. LAMBERT, *op cit.* Introd., § 4.

(2) LA FERRIÈRE. *Hist. d. dr. franç.*, II. Epoque celtique, p. 89.

(3) Ch. XXXII, article 1. — DUMÉES. *Jurispr.*, p. 138, in-4°.

(4) Cout. du Hainaut, ch. XCIV, article 1.

sentiment de l'héritier présomptif (1). La coutume de Labourt (1514) (2) n'autorisait le testament qu'avec le consentement de ceux qui devaient succéder au testateur.

Disons par avance également, ce que nous verrons plus loin avec davantage de détails : le rappel à l'effet de représenter, lorsqu'il était fait *extra terminos juris*, devait être accompagné du consentement des autres héritiers dans certaines coutumes. De même il y avait des pays où le rappel des filles exclues qui n'était pas contenu dans un contrat de mariage, devait être fait avec l'assentiment de tous les enfants mâles.

La plupart des coutumes prohibaient les donations entre époux ; mais la coutume de Bourgogne les permettait, à condition que les héritiers du donateur y intervenissent pour donner leur consentement.

II^e GROUPE

INSTITUTIONS CONTRACTUELLES

Le deuxième groupe, celui de institutions contractuelles, comprend :

§ 1. L'institution contractuelle proprement dite ;

(1) Picardie, 149. 150. — Ponthieu, 20. — Artois (1509), article 58.

(2) Ch. X, article 1.

§ 2. La donation cumulative des biens présents et à venir.

§ 3. La promesse d'égalité.

§ 1. Institution contractuelle.

L'institution contractuelle, c'est la désignation par contrat d'un héritier : « c'est la donation que quelqu'un fait de sa succession ».

La pratique des institutions contractuelles est un des caractères propres au droit français ; elle était répandue dans toute la France. Nous l'avons déjà vue sous la féodalité ; à cette époque, elle était réservée aux nobles qui seuls pouvaient régler dans leur contrat de mariage leur succession future. Le contrat de mariage fait sous les yeux du seigneur était bien l'acte tout indiqué pour y disposer de la succession à venir.

Nos anciens auteurs n'étaient pas d'accord sur l'origine de l'institution contractuelle, qui nous le savons, était issue de l'ancienne affatomie, mode de transfert de la loi salique. Plusieurs lui attribuaient une origine romaine (1) : Laurière soutenait que c'était tout simplement l'application du texte romain (l. 19, C. de pactis. 2. 3.) qui permettait le pacte nécessaire réciproque entre militaires, et l'école de Bologne en avait déduit que cette décision ne s'appliquait qu'aux nobles. Bas-

(1) Anc. cout. Bourbonnais, a. 219.

nage (1) la légitimait d'après la Nouvelle 19 de Léon le philosophe. Mais la grande majorité des auteurs lui donnait une source plus récente.

On a prétendu qu'elle résultait du titre XXIX de la loi salique, II^e livre des Fiefs ; en invoquant un passage où il s'agit simplement d'un douaire conventionnel. On a cru aussi qu'elle venait du titre XXXIX de la loi ripuaire, où il est encore question de la même hypothèse que précédemment.

Je considère comme certain et indiscutable que notre institution contractuelle est bien la descendante de l'affatomie salique ; c'est une survivante manifestation du principe de la transmission successorale par contrat admis chez la plupart des peuples barbares (Ripuaire, Lombards, Burgondes, Germains, Francs).

C'est par une institution contractuelle que dans le traité d'Andelot (1587) Gontran, roi de Bourgogne et son neveu Childebart, roi d'Austrasie, règlent la succession. Nous retrouverons toujours cette même institution, que l'on ne perd pas de vue, jusqu'à la Féodalité. Ainsi, il en est question dans la loi ripuaire (VII^e), et l'on n'exige plus la tradition symbolique qui est remplacée par une *scripturarum series* ; nous la retrouvons aussi dans les capitulaires (2), notamment dans un capitulaire de Charlemagne (Cap. IV, en 803).

(1) C'est inexact ; cette nouvelle ne fut connue qu'en 1560, par la traduction d'Agileus, 50 ans après la rédaction des coutumes qui réglementaient l'institution contractuelle.

(2) D'ailleurs, l'institution contractuelle dans notre très ancien Droit français se faisait d'abord par tradition. HEUSLER, p. 437, t. II.

L'institution contractuelle figure expressément dans peu de coutumes, néanmoins ce contrat, « qui était d'abord réservé aux nobles », devait devenir de droit commun dans la France coutumière ; il fut bientôt permis également aux roturiers ; il devint de bonne heure fréquent dans les coutumes de Berry, d'Auvergne, de Nivernais et dans toute la région de l'Est.

Au début, l'institution contractuelle pouvait se faire dans un contrat quelconque et son usage était très répandu. La coutume d'Auvergne permettait encore de faire une institution contractuelle dans un contrat d'association universelle.

C'était aussi à peu de chose près, une institution d'héritier par contrat que la promesse de garder une succession reconnue par la coutume de Normandie (1) (a. 244).

L'institution contractuelle fut donc bientôt admise partout comme nous l'a dit Boucheul, mais elle se heurtait à un autre principe de droit coutumier dont l'importance allait sans cesse grandissant, et que l'on appliquait de plus en plus, et avec beaucoup de rigueur, « institution d'héritier n'a point de lieu en France » ; d'autre part, l'influence du droit romain militait contre elle, ainsi que la règle, « donner et retenir ne vaut ». Aussi l'institution ne fût-elle plus permise que pour

(1) Berry, t. VII, a. 7, liv. II, ch. XXVI. — Nivernais, *Donat.*, a. 12.
— Poitou, a. 215.

favoriser les mariages et fût-elle emprisonnée dans le contrat de mariage (1). En dehors de ce contrat, elle ne tarda pas à tomber sous le coup du principe général que l'on avait émis : les pactes sur succession future sont prohibés. Cette limitation de l'institution du contrat de mariage remonte à peu près partout à la rédaction des coutumes du xv^e siècle. On la conservait dans les conventions matrimoniales, parce qu'elle permettait de maintenir les biens propres dans les familles, de protéger les alliances nobles, d'assurer au point de vue des fiefs la desserte féodale. Des pays de coutumes elle passa dans ceux de droit écrit : c'était, comme disait Guy Coquille, « une coutume générale non escripte », enfin, elle fut consacrée par les ordonnances (2).

L'origine de l'institution contractuelle, la suite ininterrompue de son développement, depuis le droit salique jusqu'aux coutumes, ce principe d'observation que les peuples primitifs ne connaissent que la transmission contractuelle pour exprimer la volonté du disposant en matière successorale, ce sont là tout autant de raisons éminemment décisives pour permettre de déterminer la nature de cet acte juridique : c'est la succession contractuelle par excellence, la succession transmise par la voie du contrat.

(1) Bourbonnais (1493), t. V, a. 1.

(2) Ordonnance d'Orléans de Charles IX, a. 59, de Melun, a. 57. — Ordonnance de 1731, a. 13. — Ordonnance de 1747, t. I, a. 12.

Néanmoins, sous l'ancien droit, par suite de l'influence romaine, les auteurs n'étaient pas d'accord sur la nature de cet acte juridique : institution et contrat, nous dirions succession et contrat ; c'étaient là des mots qui semblaient se contredire aux yeux des romanistes. Aussi avait-on cherché à l'assimiler à l'une des institutions que le droit romain reconnaissait, du moins dans son dernier état, comme mode d'expression de la dernière volonté. Certains jurisconsultes l'assimilaient à la donation à cause de mort ; mais ils oubliaient que la donation à cause de mort était essentiellement révocable, et ils prétendaient à tort que la révocabilité n'était pas de l'essence de cette donation. Pour d'autres, c'était une donation entre vifs ordinaire, puisqu'elle était irrévocable, conférait la saisine ; mais elle n'avait d'effets qu'après la mort de l'instituant. Tous commettaient une erreur commune ; pourquoi ce principe prétendu : lorsqu'un acte participe de deux natures diverses, « il doit être réputé de celle dont il tient le plus », à quoi bon cette recherche, au lieu d'envisager l'acte tel qu'il était. D'ailleurs, quelques-uns s'étaient rapprochés de la vérité en l'envisageant comme une disposition *sui generis*, ayant sa nature propre, nature mêlée de celle de la convention et de celle des testaments, plutôt de la transmission successorale, par la volonté du de cujus.

Notre ancien droit a donc suivi au début la même évolution que le droit romain primitif ; comme celui ci

il a connu et pratiqué presque exclusivement la succession contractuelle. Au temps de l'Empire seulement apparut la célèbre prohibition.

Il était inutile de chercher l'assimilation de l'institution contractuelle à la donation entre vifs ou à cause de mort. Il suffisait de se reporter aux origines ; mais le testament *calatis comitiis* ou *per aes et libram* étaient bien ignorés comme toutes les institutions de la Rome primitive. Laurière et ses disciples avaient, il est vrai, entrevu une partie de la vérité quand ils la traitaient de donation à cause de mort ; cet acte avait en effet à Rome une allure quelque peu contractuelle, et somme toute, malgré sa révocabilité, c'était un descendant de l'ancienne transmission contractuelle comme toutes les autres exceptions à la prohibition impériale.

Tout ceci est si vrai que le droit allemand, issu des mêmes origines que le nôtre, également influencé cependant par le droit romain, développa continuellement le principe de transmission successorale par contrat : le *Erbvertrag* ou contrat successoire fut autant, si ce n'est plus fréquent que nos institutions contractuelles.

A l'origine l'institution contractuelle pouvait être faite en faveur de toute personne, dans un contrat quelconque ; plus tard il fallut qu'elle fût partie d'un contrat de mariage (1), même dans ses variantes spéciales (promesse de garder succession en Normandie). Mais elle

(1) A défaut de quoi dans le Nivernais elle valait comme *donatio maritalis causa*. BOUCHEUL, ch. XXX, n° 14.

était toujours possible de la part d'une personne quelconque, pourvu que ce fût en faveur de l'un des époux ou des enfants à naître.

Les effets de l'institution contractuelle découlent de son double caractère ; les uns proviennent de sa nature contractuelle ; les autres de son influence successorale.

De ce que c'était une succession, il en résultait que :

1° L'institué ne profitait de la donation qu'à la mort de l'instituant ;

2° L'institué était un véritable héritier de la volonté, appelé avec les héritiers de la loi ;

3° L'institué avait la saisine (1) (à la différence du légataire universel) ; il était tenu des dettes *ultra vires*, comme un héritier légal ; il avait le droit d'option à la mort de l'instituant, et pouvait accepter sous bénéfice d'inventaire (2).

4° L'instituant devait avoir la capacité de transmettre sa succession, l'institué de la recevoir.

5° On pouvait aussi donner à l'institué un substitué, chargé de recueillir la succession à son défaut. Les enfants de l'époux institué étaient tacitement substitués à leur auteur.

6° L'institué pouvait être réduit pour fournir la légitime.

(1) Cout. de Marche, a. 296. — Bourbonnais, a. 219.

(2) Cout. Auvergne, a. 33, t. 14. — Bourbonnais, a. 223.

7° De ce que le droit de l'institué ne s'ouvrait qu'à la mort de l'instituant et n'était qu'un droit héréditaire, il en résultait qu'il ne pouvait faire aucune convention sur son droit éventuel, cession, renonciation, engagement, ni avec l'instituant, ni avec d'autres institués ou autres héritiers de l'instituant, ni avec les tiers.

De ce que d'autre part, l'institution contractuelle était un contrat, il en résultait que :

1° L'institution était irrévocable. (Certaines coutumes permettaient, à l'origine, à l'institué de tester ; c'était un respect mal compris du droit de disposer par testament.)

L'instituant pouvait aliéner ses biens à titre onéreux mais sans fraude, après l'institution ; par contre, toute aliénation gratuite lui était interdite, à moins que ce ne soit des libéralités modiques et sans danger pour le maintien de l'intégrité patrimoniale.

2° Elle était soumise à l'insinuation.

Tels étaient les effets de cette vocation héréditaire créée par le contrat, vocation parallèle à celle de la loi ou du testament, et même plus efficace que la dévolution testamentaire.

L'utilité de l'institution contractuelle avait invité à en étendre les bienfaits ; plusieurs coutumes (1) permettaient à l'instituant d'associer à l'institué une autre personne, par exemple un frère qui ne se mariait pas,

(1) Auvergne, Chabrol, t. II, p. 336.

C'était la clause d'association, expédient qui permettait d'échapper à la prohibition romaine.

§ 2. Donation de biens présents et à venir.

Dérogeant aux principes de l'irrévocabilité et du désaisissement en matière de donations entre vifs, la donation cumulative de biens présents et à venir ressemblait beaucoup à l'institution contractuelle ; comme elle, sa validité était soumise à son insertion dans un contrat de mariage (1). C'était un genre de succession contractuelle : « qui in jus universum succedit, heredis loco habetur », mais sa nature variait selon les pays.

Dans ceux de droit écrit, on la scindait en donation de biens présents ordinaire et en une institution contractuelle qui y était ajoutée. Il n'en était pas de même dans ceux du Nord, mais le donataire, au décès du donateur, pouvait l'accepter comme donation de biens à venir, auquel cas il avait toute la succession et supportait tout le passif, ou la prendre comme donation de biens présents, ne recevoir que les biens existants lors de l'acte et échapper aux dettes postérieures. Ce fut le système suivi par l'ordonnance de 1731 (a. 17) (2). Le donataire, après avoir exercé son droit d'option, ne pouvait plus changer de parti. Souvent la donation était

(1) Bourbonnais, 210. — Nivernais, XXVII, a. 12. — Marche, 294.

(2) C'est le système du Code civil, a. 1084.

sous condition que le donataire acquittât plus ou moins des dettes du donateur ; celui-ci se réservait aussi quelquefois le droit de disposer de certains objets.

§ 3. Promesse d'égalité.

Souvent l'institution contractuelle était faite en faveur de l'héritier présomptif (nous étudierons cette espèce particulière plus en détail), soit que les parents voulussent confirmer la vocation légale par une déclaration d'héritier, ou même augmenter la part de succession qui revenait à leur enfant en vertu de la coutume. Par contre, le père ou la mère pouvaient déclarer dans le contrat de mariage d'un de leurs enfants, que tous leur succéderaient par égales parts et portions (1) : c'était la promesse d'égalité.

Le droit romain impérial, après l'avoir longtemps prohibée (2), avait fini par l'admettre, sous la pression de sa légitimité et de son utilité plaidées par la pratique (3).

Le père ou la mère s'engagent donc à ne pas avantager un de leurs enfants au préjudice des autres. Beaucoup d'auteurs assimilaient cette clause du contrat

(1) BOUCHEUL, *op. cit.*, ch. V, n° 1. — FAURE. *Thèse*, Paris, p. 460.

(2) L. 15. C. *De Pactis*, 2. 3.

(3) Nov. 19. Léon le Philosophe.

de mariage à une institution contractuelle et ne faisaient aucune différence entre les deux (1).

La promesse d'égalité pouvait n'avoir lieu qu'en faveur de l'enfant qu'on mariait, ou en faveur de tous les enfants (2).

III^e GROUPE

INSTITUTIONS D'HÉRITIERS PRÉSOMPTIFS

Les institutions d'héritiers présomptifs se divisent en deux catégories :

§ 1. Les reconnaissances ou déclarations d'ainé et héritier principal.

§ 2. Les rappels à succession.

§ 1. Reconnaissance ou déclaration d'ainé et héritier principal.

Il arrivait souvent que l'institution contractuelle était faite en faveur de l'héritier présomptif, soit que le père voulut augmenter la part légale de succession ab intestat qu'aurait eue son fils sans cela, soit qu'il instituât son fils pour sa portion héréditaire ab intestat

(1) LEBRUN. *Succ.*, ch. II, liv. III, n° 13. — LAURIÈRE, ch. VII, n° 20.
— MERLIN. *Rep.*, v. *Inst. cont.*, § 6, n° 3.

(2) Cependant, il y avait sur ce point controverse entre les auteurs.

sans la modifier : c'était la déclaration d'héritier et ce dernier contrat se rencontrait plus spécialement dans la grande majorité des cas en faveur de l'aîné. C'était un usage fréquent dans les familles nobles : il arrivait souvent que des jeunes filles épousant des aînés étaient victimes d'une fraude ; les parents du marié aliénaient leurs biens de leur vivant : en obtenant une semblable déclaration de leur part, on évitait ce danger. Telle était la raison de cette pure confirmation du droit successoral qu'aurait accordé la coutume à l'aîné, si le père et la mère fussent morts intestat. Cette construction originale du droit coutumier reconnaissait la compatibilité de la vocation légale et de la vocation volontaire. Les parents mariaient leur enfant en le « déclarant leur aîné et principal hoir (1) ». Il est vrai que plusieurs auteurs n'admettaient pas qu'il y eût là pure confirmation de la vocation légale ; la volonté de l'homme est parallèle à celle de la loi, c'est vrai, mais il y a quand même une institution contractuelle. Pour eux l'enfant déclaré a cette part, en vertu seulement de la volonté du défunt.

Je crois la première opinion la plus exacte, comme l'a fort bien démontré M. E. Lambert (2). Les coutumes du Nivernais, de l'Auvergne, du Bourbonnais, permettaient aux héritiers légaux, en acceptant la succession purement et simplement, d'exclure l'héritier contrac-

(1) Anjou, a. 245. — Maine, a. 162. — Normandie, a. 244.

(2) *Exhered. et leg.*, § 606, 607.

tuel qui l'acceptait sous bénéfice d'inventaire : l'enfant déclaré échappait à cette exclusion, parce qu'il avait en plus de son titre contractuel la vocation légale ; ce n'était donc qu'une confirmation de sa qualité d'héritier de la coutume. L'héritier institué conservait tous les avantages que lui donnait sa qualité d'héritier légitime pour l'excédent de sa portion héréditaire.

La déclaration d'ainé était une disposition de succession contractuelle. Le déclarant ne pouvait plus aliéner dans une certaine mesure, cela variait avec les coutumes. Dans certaines d'entre elles était prohibée toute aliénation qui aurait préjudicié à la part que le déclaré aurait eue si le déclarant était mort au moment du contrat (1) ; le déclarant ne pouvait pas aliéner au préjudice du déclaré les biens qu'il possédait lors de la déclaration et cela même à titre onéreux, avec quelques autres coutumes (2) du centre.

§ 2. Rappels à succession.

Le rappel à succession était une institution d'un usage très fréquent dans notre ancien droit en même temps qu'un remède à diverses défauts de la loi successorale lorsqu'elle contrariait les intentions des familles. Il se présentait sous des formes nombreuses, et selon les cas, comme aussi selon les modes où on le

(1) Maine, a. 262. — Anjou, a. 245. — Tours, a. 252.

(2) Bourbonnais, 220. 222. — Auvergne, t. 14. 29. 31.

rencontrait, il avait des effets différents ; il y avait toutes sortes de nuances qui distinguaient ses diverses modalités et nous ne pourrions nous laisser entraîner à les indiquer en détail ; ce serait sortir de notre cadre et d'autre part le temps nous manque pour exposer les rappels d'une manière complète. Nous ne les envisageons qu'au point de vue immédiat qui nous intéresse, c'est-à-dire en tant que mode de transmission successorale par contrat.

Le rappel à succession était d'une manière générale un acte juridique ayant pour but de faire venir à sa succession une personne qui sans cela n'y aurait eu aucun droit.

Son utilité se présentait dans quatre cas principaux : pour rappeler un exhérédé, pour faire venir en représentation, pour rappeler une fille renonçante, pour rappeler une fille exclue (1). Tous ces rappels avaient pour but de corriger la dévolution légale.

La première hypothèse est très simple ; le futur de cujus, après avoir déshérité son héritier présomptif, le rappelle ; car l'exhérédation est révocable.

Le rappel à l'effet de représenter : le rappelant pouvait faire venir à sa succession un héritier qui n'y serait pas venu, soit parce que la coutume n'admettait pas encore la représentation, soit parce qu'elle ne l'aurait pas permise, jusqu'au degré ou dans la ligne de cet

(1) RENUSSEAU. *Propres*, ch. II, sect. 8, n° 2 à 5. — Ed. LAMBERT *Exhered. et leg.*, § 611.

héritier. Car le droit coutumier ignorait la représentation jusqu'à la rédaction des coutumes, et après celle-ci il y eut une grande diversité dans les provinces pour l'application de ce principe (1). Mais la représentation ne fut admise que parce que l'on sous-entendait le rappel dont l'usage était devenu si fréquent qu'on en fit une règle de droit commun. Il y avait deux sortes de rappels à l'effet de représenter : le rappel intra terminos juris, celui qui était fait au cas où le droit romain admettait la représentation, celui fait en faveur de petits enfants et neveux ou nièces, et le rappel extra terminos juris, celui qui était fait en faveur des autres parents (petits neveux, cousins, etc.).

Le rappel des filles renonçantes annulait l'effet de leur renonciation antérieure à la future succession du de cujus ; elles redevenaient héritières de leur père ou de leur mère à la succession desquelles elles s'étaient déclarées étrangères.

Enfin, dans les coutumes d'exclusion, où les filles étaient complètement exclues de la succession de leur père, celui-ci pouvait les rappeler en réservant à sa fille son droit de succession (2).

Le rappel n'était pas un acte juridique ayant une forme déterminée ; il pouvait être fait par un testament ou bien par un contrat de mariage ou même encore

(1) Cout. d'Orléans, 318 ; de Paris, 320 ; Tours, Maine, Anjon, Senlis.

(2) Marche, a. 241. — Bourges, t. VII, a. 21. — Auvergne, ch. 12, a. 29.

par un acte entré vifs quelconque, et c'est surtout dans ces deux derniers cas, particulièrement dans le contrat de mariage, qu'il nous intéresse. C'était donc encore un mode de transmission successorale par la voie contractuelle toutes les fois que l'on ne procédait pas au rappel par testament.

Le rappel de l'exhéredé était aussi facile que l'exhérédation ; il pouvait se faire des trois manières indiquées et même avoir lieu tacitement, au cas de réconciliation du père et de son fils.

Le rappel à l'effet de représenter ne valait à titre de succession que s'il était intra terminos juris ; au cas où il était extra terminos juris il ne valait qu'à titre de legs. Aussi en avait-on déduit que le premier pouvait se faire par un acte quelconque (1), tandis que le second devait nécessairement être fait par testament ; néanmoins on admit qu'il pouvait se faire par contrat de mariage.

La même différence au point de vue de ses effets se rencontrait dans le rappel des filles ; le rappel des filles renonçantes était un véritable rappel à titre de succession, tandis que le rappel des filles exclues ne valait qu'à titre de legs. Mais le rappel des filles exclues ou renonçantes pouvait être fait dans un acte quelconque (2).

(1) Des coutumes exigeaient le consentement des héritiers. Montargis, t. 15, a. 18.

(2) Quelquefois avec le consentement des frères. Bourgogne, t. VII, a. 21.

Ainsi le rappel *intra terminos juris* et le rappel des filles renonçantes donnaient exactement les mêmes droits que ceux de l'héritier du sang, la saisine, la réserve de quatre-quints ; ils obligeaient aux dettes *ultra vires* ; le représentant avait le même droit que le représenté ; seulement ce rappel était-il fait par contrat de mariage, il était irrévocable et liait le rappelant avec la même force que l'institution contractuelle à l'égard de l'instituant. C'était bien là une transmission contractuelle. Car si ce rappel avait lieu par un autre acte, testament ou acte quelconque entre vifs : il était révocable comme tout acte de dernière volonté. Qu'il en fût ainsi pour le rappel contenu dans un testament : cela allait de soi. Mais il y a lieu de s'en étonner pour le rappel fait dans un acte entre vifs ; comment se fait-il qu'il eût été déclaré révocable. Ceci tenait à l'influence romaine qui commençait à faire restreindre toutes les conventions de ce genre, et à l'influence de la règle coutumière : « institution d'héritier n'a point de lien » ; le droit romain de son côté avait implanté dans les pays du Midi cette règle que le testament était le seul mode de disposition à cause de mort. Et comme nous allons le voir, c'était toujours cette même idée, qui devait faire différencier les effets du rappel à titre de succession et du rappel à titre de legs.

En effet le rappel à titre de legs : *extra terminos juris* et le rappel des filles exclues n'avaient comme effets que ceux d'un legs universel ; ils ne conféraient pas la

saisine, ni la participation aux quatre-quints ; le rappelé n'était tenu des dettes que jusqu'à concurrence de son émolument (1). Mais comme le rappel à titre de succession, le rappel extra terminos juris ou des filles exclues devenait aussitôt définitif et irrévocable lorsqu'il était fait dans un contrat de mariage (2). C'était la conséquence de la faveur accordée dans l'ancien droit à toutes les conventions de succéder faites par contrat de mariage (3). Car, en dehors de ce cas privilégié ; la différence bien marquée entre le rappel à titre de succession et le rappel à titre de legs subsistera toujours ; c'était la conséquence nécessaire du système coutumier en matière de succession (4) ; il fallait protéger certains principes fondamentaux : la règle « institution d'héritier n'a lieu », la réserve des quatre-quints, la saisine, attribut de la qualité d'héritier ab intestat.

IV^e GROUPE

Droits successoraux et succession des enfants issus du mariage.

On a réuni ici les conventions qui modifient les droits

(1) BRODEAU SUR LOUET. R. n° 9, a. 9. 8. — LEBRUN. *Succ.*, liv. IV, ch. II, sect. II, n°s 6, 7, 19.

(2) POTHIER, *op. cit.*, 9. 5. — BRODEAU SUR LOUET, *ibid.* — LAURIÈRE, ch. II, n° 41. — BOUCHEUL, ch. XII, n°s 31, 32. — RENUSSON. *Propres*, ch. II, sect. VIII, n°s 36, 37. — FERRIÈRE, a. 299, glos. uni., § 3, n° 24.

(3) BOUCHEUL. Préface, n° 8.

(4) RICARD. *Représentut.*, n° 33. — BRODEAU SUR LOUET, *op. cit. ibid.* — Cout. de Blois, a. 139. — LEBRUN. *Succ.*, liv. III, ch. X, sect. 3, n° 2.

successoraux des enfants issus du mariage, et celles qui règlent par avance leur propre succession quand ils mourront à leur tour :

§ 1. Clause d'affrérissement;

§ 2. Stipulation de propres.

§ 1. Clause d'affrénissement.

Par une clause du contrat de mariage « l'on fait les enfants d'un premier lit semblables aux enfants à naître pour également partir aux biens de leur père et mère ». On supprimait le privilège du double lien. Ce contrat, fréquent en Allemagne, ne figurait que dans la coutume de Saint-Amand de Flandre (t. XXVI).

§ 2. Stipulation de propres.

Les propres ou biens de familles devaient toujours y retourner : « paterna paternis » ; au contraire, les acquêts et les meubles étaient dévolus selon l'affection présumée du défunt.

Une clause du contrat de mariage, en vue de faire retourner les biens d'où ils étaient venus, interdisait au père de succéder aux biens provenant de la mère dans l'hérédité de leur enfant commun : ces biens passaient aux frères de l'enfant décédé, ou même à tous autres parents de la ligne collatérale. On stipulait que les

biens demeureraient propres au conjoint, aux siens et même aux collatéraux de son côté (estoc et ligne) ; c'était la clause de stipulation ou immobilisation de propres dans les estocs et lignes du conjoint. Celle que nous venons de définir était la plus étendue : si elle était limitée à l'époux seul, ce n'était qu'une convention matrimoniale ; si elle s'étendait « aux siens » ou même encore « à ceux de son côté et ligne », c'était une succession contractuelle.

La stipulation de propres ne pouvait, excepté au premier cas (en faveur de l'époux seul), se faire que par contrat de mariage, selon le principe général. Aussi la stipulation n'était-elle valable que pour les biens désignés et dans les cas indiqués. Les propres ainsi constitués par ce contrat irrévocable étaient les propres conventionnels.

V^e GROUPE

LIBÉRALITÉS ENTRE FUTURS ÉPOUX ET ENTRE ÉPOUX

Ce cinquième groupe comprend :

- § 1. Les donations entre futurs époux ;
- § 2. Le douaire conventionnel ;
- § 3. Le don mutuel entre époux.

**§. 1. Donations entre futurs époux par contrat
de mariage.**

Presque toutes les coutumes toléraient la donation de ce genre ayant pour objet des biens à venir ; c'était toujours la faveur du contrat de mariage ; beaucoup de coutumes (1) n'apportaient pour ainsi dire pas de restrictions. Cette donation de biens à venir était une institution contractuelle de l'autre époux ; ce régime fut consacré par l'ordonnance de 1731 (a. 17).

Cette donation se distinguait du gain de survie, simple créance à terme. Elle pouvait être réciproque ; mais alors on y voyait plutôt un acte à titre onéreux.

§ 2. Douaire conventionnel.

On retrouve jusqu'à la Révolution le douaire que nous avons vu se former sous la féodalité ; le douaire conventionnel subsistait à côté du douaire coutumier (2) et formait une clause du contrat de mariage en faveur de la veuve ; souvent ce n'était qu'un gain de service ; cependant il pouvait aussi constituer un droit successoral. L'objet du douaire pouvait être quelconque et dans la plupart des coutumes sa quotité n'était pas limi-

(1) Orléans, 102 ; Montargis, VIII, a. 8 ; Nivernais, 12 ; Paris, 282 ;
Contra Blois, a. 160 ; Bretagne, 220 ; 207 (nouvelle).

(2) Marche, la Rochelle, Cambrai, Issoudun.

tée (1). Naturellement, le douaire était viager, mais les parties pouvaient le stipuler à titre de propriété ; c'était une sorte de succession contractuelle ; dans plusieurs coutumes (2) la femme avait la saisine ; son douaire était inaliénable pour le mari, garanti par une hypothèque sur les biens de la succession. L'ancien morgengabe était devenu un don à titre de succession.

Si le douaire était une créance à terme incertain (prédécès du mari), c'était un gain de survie et alors il n'avait plus rien de successoral. Il en était de même de l'augment de dot conventionnel, du contre-augment pour le mari, du droit de bagues et joyaux, d'habitation, de pension viagère, de chambre garnie ou tapissée, de la quarte du conjoint pauvre, etc.

§ 3. Don mutuel entre époux.

Le droit romain prohibait toutes les donations entre époux, de peur d'entraînements exagérés (3) Un senatus consulte, rendu sous Caracalla, les assimila à la *donatio mortis causa*. Les pays de droit écrit suivirent ce système, à moins qu'ils ne maintinssent une égalité parfaite entre les époux, auquel cas elles étaient irrévocables. Les coutumes présentaient la plus grande diversité : les unes ne toléraient que le don mutuel, les

(1) Dans celles de Paris, d'Orléans, elle ne pouvait dépasser celle de la coutume.

(2) Blois, par exemple.

(3) L. 8. 10. D. *De donat. int.*, 24. 1.

autres seulement la donation à cause de mort entre époux.

Là où il était admis (1) le don mutuel constituait une « convenance de succéder » ; il avait pour objet de donner au survivant l'usufruit de tous les biens meubles et conquêts immeubles ; il devait être égal et l'était forcément puisqu'il portait sur la communauté ; il était irrévocable ; d'ailleurs il était presque considéré comme un acte à titre onéreux (2). Il n'avait cependant aucun effet actuel et conférait un titre d'héritier à titre universel, tenu du passif proportionnellement, lors de l'ouverture de la succession.

Dans les coutumes (3) qui n'admettaient que la donation à cause de mort, le don mutuel était révocable et à ce titre il ne nous intéresse plus. Il pouvait être inégal et n'avait plus rien de successoral.

VI^e GROUPE

PARTAGE D'ASCENDANTS ENTRE VIFS

Les anticipations de succession en général se divisent en :

(1) Paris (1510), 156. — Orléans (1580), 280. 282. — Bretagne, 218.

(2) Ancien revestissement de la somme rurale, de Jean Boutilier, 99, p. 566.

(3) Touraine, 243. — Berry, VIII, a. I. — Bretagne, 213. 215. — Marche, 290. — Meaux, 79. — Clermont, 124. — Poitou, 209. 213. — Rochelle, 149.

§ 1. Partage d'ascendant proprement dit ;

§ 2. Démission de biens.

§ 1. Partage d'ascendant

On a vu que le partage d'ascendant par acte entre vifs existait à Rome à côté du testamentum inter liberos ; c'était la divisio inter liberos.

Ce partage d'ascendant entre vifs a toujours été pratiqué sous l'ancien droit ; il était mentionné dans les vieux usages d'Artois pour les baronnies (1), dans les établissements de Saint-Louis (2), dans les coutumes basques (3). Néanmoins, comme pour la plupart des institutions successorales, le droit français présentait à cet égard une extrême diversité.

Le droit écrit suivait les traces romaines, particulièrement les règles de formes introduites par Justinien ; le partage pouvait se référer à une partie seulement des biens ; il fallait respecter les règles de la légitime ; les copartagés étaient saisis de plein droit à la mort de l'ascendant. En droit coutumier nous trouvons des règles très diverses et cependant peu d'entre elles (4) traitaient

(1) T. II, a. 24.

(2) Liv. I, a. 24.

(3) Rubriq., XXVII. *De test. et succ.*, a. 2.

(4) Les coutumes d'Amiens, a. 49 ; Artois, a. 85 ; Bourbonnais, a. 216 ; Bourgogne, a. 6 du t. 7 ; Bretagne, a. 560 ; Douai, a. 39, ch. 2 ; Lille, t. 5, a. 58 ; Lorraine, a. 4 ; Nivernais, ch. 34 ; a. 17 ; Péronne et Montdidier, a. 107 ; Poitou, a. 219, l'autorisaient.

la question. Le partage d'ascendant constituait avec la démission de biens ce que l'on appelait l'anticipation de succession (1).

En général il n'y avait pas de règles sur les formes du partage d'ascendant si ce n'est dans les coutumes de Bourgogne et du Bourbonnais qui exigeaient la forme judiciaire ou notariée ainsi que la survivance de l'auteur à sa disposition (2) pendant vingt ou quarante jours.

L'ordonnance de 1735 sur les testaments (articles 15 à 17) unifia ces formes qui devinrent obligatoires. Mais le partage d'ascendant n'était qu'un règlement de la succession ab intestat ; les copartagés avaient d'ailleurs la saisine et étaient tenus des dettes indéfiniment. Le partage devait porter sur tous les biens.

Mais ce qui lui enlevait toute efficacité contractuelle et par suite tout intérêt à nos yeux c'est que, bien qu'il fût acte entre vifs il était toujours révocable.

Cela provenait de ce que c'était un simple acte de distribution, de ce qu'on avait confondu le testament inter liberos des Romains avec leur *divisio inter liberos*, et de ce que l'influence des principes coutumiers en matière successorale particulièrement la règle : « institution d'héritier n'a lieu » militaient sans cesse contre toute expression de la volonté en matière de dévolution successorale.

(1) BOUCHEUL, *op. cit.*, ch. 8, p. 93. — POTHIER, t. I, p. 530.

(2) Dumoulin sur ces coutumes.

§ 2. **Démission de biens.**

La démission de biens est un acte essentiellement propre à notre ancien droit coutumier ; rien ne lui correspond aujourd'hui dans notre droit actuel ; la démission de biens choquerait nos idées et des traditions juridiques plus que séculaires. Aussi est-il nécessaire d'en donner la définition fournie par un jurisconsulte des plus autorisés au XVIII^e siècle « c'est l'acte par lequel a dit Pothier (1), une personne anticipant le temps de sa succession, se dépouille de son vivant de l'universalité de ses biens et en saisit d'avance ses héritiers présomptifs, en retenant néanmoins le droit d'y rentrer lorsqu'elle le jugera à propos ». Ferrière (2), prétend qu'elle se pratiquait entre gens peu fortunés en vue d'éviter la taille et de s'assurer une vie tranquille pour le reste de leurs jours ; elle permettait aux personnes âgées de se décharger de l'administration de leur fortune, aux faibles d'esprit d'éviter l'interdiction. La démission était un abandon par indivis de tous les biens que l'on possédait ; aussi pouvait-elle être jointe à un partage d'ascendant et alors dans ce cas, elle ressemblait à notre partage d'ascendant actuel.

La démission de biens n'était soumise ni aux formes des donations, ni à celles des testaments. Elle était

(1) POTHIER, Int. au t. XVII. Cout. d'Orléans.

(2) FERRIÈRE, liv. I, ch. I, p. 504.

révocable : ce n'était donc pas une donation ; elle produisait effet immédiatement ; par suite ce n'était pas un testament.

A cause de sa révocabilité, elle avait quelque analogie avec la donation à cause de mort : néanmoins, sa nature au point de vue juridique était bien indécise. En effet, pour le démettant, c'était une donation à cause de mort, pour les démissionnaires, une succession anticipée, et pour les créanciers du démettant une aliénation.

La démission de biens était réglementée dans ses détails par les auteurs et la jurisprudence ; plus tard l'ordonnance de 1735 la mit simplement à l'écart.

Toute personne capable de transmettre sa succession pouvait procéder à une démission de biens ; mais seulement au profit de tous ses héritiers présomptifs ; et y comprendre l'universalité de ses biens sans violer les règles de la réserve.

Mais ce qui caractérisait d'une manière toute spéciale la démission de biens, c'est qu'elle dépouillait de ses biens le donateur immédiatement en faveur des démissionnaires, et que d'autre part, elle était révocable *ad nutum* (1). Les bénéficiaires devenaient donc aussitôt propriétaires, sauf l'exercice de la faculté révocatoire par le démettant. Il est vrai que dans un cas, et c'était le plus fréquent, la démission de biens était

(1) Cout. du Maine, a. 294.

irrévocable : lorsqu'elle avait lieu dans un contrat de mariage.

En tous cas, les démissionnaires n'étaient héritiers définitifs et irrévocables qu'après la mort du démettant à qui ils devaient survivre : à ce moment ils avaient le choix entre les trois partis et l'option ; acceptaient-ils purement et simplement, ils étaient tenus des dettes ultra vires, qu'elles aient été contractées avant ou après la démission ; s'ils usaient du bénéfice d'inventaire, ils ne l'étaient qu'intra vires pour les obligations postérieures à la démission. S'ils renonçaient, ils perdaient tout droit sur les biens, faisant l'objet de la démission ; ils perdaient aussi les droits acquis par le démettant depuis la démission.

En résumé, la démission de biens était réellement une succession contractuelle ; et même le caractère contractuel de cette succession s'était fort accentué, puisqu'il y avait une mise en possession immédiate et définitive, à moins que le démissionnaire ne mourût sans laisser d'enfants pour le représenter. Seulement, cet abandon de biens effectif, ce transfert de propriété par avance était bien dangereux pour les tiers et rendait la propriété fort incertaine. C'était la source de difficultés fréquentes.

Au cas où le partage d'ascendant se joignait à une démission de biens, l'acte était complet : il y avait à la fois abandon de biens et attribution de parts. C'était vé-

ritablement une « succession anticipée », comme disait Boullenois.

CONCLUSION

Telles sont, présentées dans un aperçu intentionnellement rapide, les plus importantes « convenances de succéder ou successions contractuelles » que nous offre la pratique fréquente, sous l'ancien droit qui a précédé la Révolution. Nous avons assisté à la lutte perpétuelle entre le droit romain et le droit coutumier ; la prohibition romaine, la prépondérance accordée au testament, se heurtaient à l'institution contractuelle, à toutes les applications survivantes de l'ancien contrat successoral des peuples primitifs ; la prohibition romaine des pactes successoraux n'a jamais pu entamer la situation inexpugnable qui avait été faite au contrat de mariage à cet égard.

D'ailleurs, le droit des coutumes devenait de plus en plus le droit national, bien qu'il subît la pénétration du droit romain, pénétration réciproque du reste. En effet, si l'on remarque le rôle joué par notre ancienne doctrine du xvi^e au xviii^e siècle dans les pays de droit écrit et dans ceux de coutumes, on constate la supériorité de ces derniers : là se sont fait connaître les jurisconsultes qui ont fondé le droit français : Dumoulin,

Guy Coquille, d'Argentré, et tant d'autres de leurs disciples aux ^{xvii}^e et ^{xviii}^e siècles. La législation coutumière tenait compte davantage du milieu ambiant : le droit romain y fut un instrument de progrès, alors que dans le Midi c'était souvent un obstacle. La diversité des coutumes avait favorisé l'éclosion d'un droit commun général, applicable à toute la France, droit universel auquel on se reportait en cas de silence des textes coutumiers : ce droit était l'œuvre des docteurs et de la jurisprudence. Nos jurisconsultes de l'ancienne monarchie furent d'éminents comparatistes, et de profonds juristes, cherchant à chaque pas l'accord du droit et des besoins de la pratique au moyen des instruments extrêmement souples qui étaient dans leurs mains.

Le coup de vent révolutionnaire allait balayer en un instant toutes ces institutions plusieurs fois séculaires, fruit du long et persévérant labeur auquel s'étaient livrés les docteurs de notre ancien droit.

CHAPITRE III

DROIT INTERMÉDIAIRE

- Avec la Révolution, les nouvelles tendances et la transformation des idées bouleverseront tout le système successoral de l'ancien droit, changeront radicalement le règlement et la transmission du patrimoine ; le principe d'égalité va dominer et inspirer toutes les lois révolutionnaires en matière successorale.

. L'Assemblée Constituante, la Convention ensuite, détruisirent tous les privilèges que pouvait créer le contrat en matière de succession ; des lois successives réglèrent la transmission successorale, mais le droit de cette époque revêt, en ce qui concerne notre sujet, un aspect particulier ; le souci de prohiber les pactes sur succession future, comme le faisait le droit romain, sera bien secondaire ; si on les repousse, c'est parce qu'on redoute leur intervention pour rétablir par convention les inégalités successorales de l'ancien régime : privilège de primogéniture, de masculinité, avantage excessif au profit d'un enfant préféré. Le droit intermédiaire cherche surtout à abolir tous les vestiges du passé

pour faire de la société française l'expression des idées préconisées par les novateurs du XVIII^e siècle.

L'Assemblée Constituante posa le principe du partage égal entre héritiers du même degré, abolit les droits d'aînesse et de masculinité, les partages inégaux l. 15-28 mars 1790, art. 11 ; l. 8 et 15 avril 1791, a. 1, 2). Par suite devenait inutile la promesse d'égalité, impossible la déclaration d'aîné et disparaissaient les exclusions coutumières des filles ; on admettait la représentation et en conséquence il n'était plus nécessaire de faire des rappels à succession à l'effet de représenter. On laissait intactes les institutions contractuelles (a. 4) et les autres clauses de contrat de mariages qui ne contrariaient pas le principe d'égalité.

La Convention atteignit ces modes de transmission successorale en interdisant la faculté de tester, de disposer par acte entre vifs ou donations contractuelles en ligne directe (l. 7-11 mars 1793) ; et la loi fut déclarée rétroactive jusqu'aux successions ouvertes depuis le 14 juillet 1789 (l. 26 oct. 1793 ou 5 brumaire an II, art. 9). L'institution contractuelle, la donation de biens présents et à venir se trouvaient par là-même interdites en ligne directe ; elles restaient permises en ligne collatérale (art. 10) ; le disponible devenait du dixième quand on avait des héritiers directs, du sixième quand on n'avait que des héritiers collatéraux (a. 11). En règle générale, lors du partage, les enfants devaient rap-

porter tous les avantages qu'ils avaient reçus de leurs parents avant l'ouverture de la succession (1).

Le décret du 7 nivôse an II abolit cette dernière loi, mais la loi qui produisit les changements les plus étendus et les plus considérables fut celle des 17-21 nivôse an II (6 et 10 janvier 1794). Elle déclarait nulles les institutions contractuelles et toutes dispositions à cause de mort dont l'auteur était encore vivant ou n'était décédé que depuis le 14 juillet 1789, quand même elles auraient été faites antérieurement (a. 1). Cette rétroactivité était exorbitante du droit commun (2).

La loi déclarait aussi (a. 11) qu'on ne pouvait pas opposer à un héritier présomptif, pour l'exclure du partage égal, les dispositions contractuelles faites en le mariant ; on en déduisait a contrario qu'elle ne prohibait pas les conventions successorales faites hors mariage et avec son consentement. Du moins ce fut admis par quelques décisions des tribunaux (3) et nous verrons plus loin que cette opinion trouve sa condamnation dans l'article 56 de la loi du 22 novembre an II.

La loi dans son article 11 confirmait le principe déjà posé qui excluait toute renonciation à succession

(1) BONNET. *Disp. p. cont. d. mar.*, t. I, p. 110. — DALL. *Rep. V. Disp. ent. vifs et test.*, § 68. V. *Success.*, § 20. — ARNOULH. *Rev. historiq.*, 1860, p. 386. — LAMBERT. *Exhered. et legs. Introd.*

(2) SIREY. *Lois annotées*, p. 280. — GLASSON. *Ref. social.*, 1899, t. II, 1893.

(3) Montpellier, 6 avril 1835. C. 14 janv. 1833. D. *Rép. V. Succ.*, n° 616.

future, particulièrement la renonciation des filles (a. 14, l. 5 brum. an II). D'ailleurs, l'article 56 de la loi interprétative du 22 ventôse an II (12 mars 1794), déclare que « s'il s'agit de renonciations anticipées, outre que l'article 11 de la loi du 17 nivôse an II les écarte dans les contrats de mariage, seule espèce d'actes où elles fussent autorisées, les lois, même anciennes, réprouvaient en tous autres actes les transactions qui intervenaient sur des successions d'hommes encore vivants (1) ».

La loi abolissait toute distinction sur l'origine et la nature des biens pour la transmission successorale ; on supprimait la distinction des propres et acquêts ; par suite la stipulation de propres n'avait plus de sens. Le privilège du double lien disparaissait et rendait ainsi inutile toute clause d'affrérissement. Le douaire conventionnel se trouvait aussi aboli par l'article 61 qui était général : « Toutes lois, coutumes, usages et statuts relatifs à la transmission des biens par succession ou donation sont déclarés abolis, sauf à procéder au partage des successions échues depuis le 14 juillet 1789, selon les règles » établies par le texte (2).

Les partages d'ascendants n'étaient pas expressément visés, ni les démissions de biens. Aussi s'est-il élevé à

(1) On a jugé en ce sens que le consentement du futur *de cujus* ne saurait valider la convention sur succession future. Agen, 30 août 1843. S. 44. 2. 169.

(2) LAMBERT. *Exheredit et leg.*, § 21.

ce sujet une légère controverse. Certains auteurs pensèrent que la loi les avait supprimés parce que c'était un moyen pour les ascendants de violer le principe d'égalité entre leurs enfants ; d'autres ont estimé, et nous nous rallions à leur opinion, que le texte légal ne les avait pas interdits, du moins en tant qu'ils respectaient les règles du partage égal (1). Quant à la démission de biens, il n'y avait aucune raison de l'interdire, puisqu'elle ne pouvait atteindre le principe d'égalité, n'étant qu'un abandon par indivis sans aucune attribution de parts. (A. 18, L. 22 ventôse an II.)

Les résultats de la rétroactivité donnée à la loi furent désastreux ; ses effets déplorables amenèrent de très nombreuses réclamations à la suite des difficultés inextricables qui s'élevaient devant les tribunaux, et de toutes les questions que son application suscitait (2).

Aussi la vie de cette loi ne fut-elle pas de longue durée ; on ne tarda pas à en suspendre l'application par la loi du 5 floréal an III (24 avril 1795), résultat de la réaction thermidorienne ; cette dernière loi arrêta toutes les procédures qui avaient été commencées, toutes les actions qui avaient été intentées, en se basant sur la rétroactivité de la loi de nivôse. Et les bouleversements

(1) LYON-CAEN. *Thèse*, Partage d'ascendant. Paris, 1886, p. 154.— GENTY. *Partag. d'ascend.*, n° 62, p. 71.

(2) E. LAMBERT, *op. cit.*, § 21.— LA FERRIÈRE. *Hist. d. dr. fr.*, t. II, p. 354.— GLASSON, *op. cit.*— JAUNEAU. *Thèse*, Paris 1893.

que cette rétroactivité avaient provoqués furent d'une telle gravité que trois lois successives intervinrent pour l'abolir : la loi du 9 fructidor an III (26 août 1795), la loi du 3 vendémiaire an IV (25 septembre 1795), et la loi du 18 pluviôse an V (6 février 1797) ; l'article 1^{er} de la dernière maintenait toutes les conventions de succéder légitimement stipulées (avantages, prélèvements, préciput, donations entre vifs, institutions contractuelles), en ligne directe avant la publication de la loi du 7 mars 1793, et en ligne collatérale, entre parents, avant la loi du 5 brumaire an II.

Enfin la loi du 4 germinal an VIII (25 mars 1800), remédia encore davantage aux troubles qu'avait produits la loi du 17 nivôse an II ; elle rendit au père de famille la faculté de disposer, mais en déterminant une quotité disponible. Il pouvait en user soit par acte entre vifs, soit par acte de dernière volonté pourvu que ce fût dans les formes légales (a. 1). Le disponible était plus ou moins étendu selon le nombre des enfants ou le degré plus rapproché des autres héritiers qui venaient à défaut de descendants.

C'était déjà un système bien semblable au nôtre ; il faisait pressentir le régime successoral qui allait être bientôt, en 1804, celui du Code civil, livre III, titre I, loi des 29 germinal, 9 floréal an XI (19-29 avril 1803), et du titre II, sur les donations entre vifs et testaments, lois des 13, 23 floréal an XI (3-13 mai 1803).

Il ne nous reste plus qu'à voir ce qu'allaient faire les rédacteurs du Code civil à la suite des fluctuations et des hésitations manifestées par les législateurs révolutionnaires.

LE DROIT ACTUEL EN FRANCE

INTRODUCTION

Conception générale du Code civil sur la transmission successorale.

La conception des rédacteurs du Code civil sur la succession patrimoniale à cause de mort, envisagée d'une manière générale, nous permettra de découvrir plus facilement la pensée directrice à laquelle ils obéirent pour déterminer le sort de la succession contractuelle à côté de la succession légale ou testamentaire.

Les législateurs se trouvaient en présence des deux courants divergents qui s'étaient partagé le territoire de l'ancienne France. En droit écrit, comme en droit romain, la succession testamentaire était le mode de transmission successorale par excellence ; à défaut, la loi faisait le testament présumé du défunt. Testamentaires ou légaux les héritiers avaient la saisine, étaient tenus du passif héréditaire ultra vires ; la succession ne formait qu'une seule masse de biens. En droit cou-

tumier, au contraire, par suite de l'ancienne copropriété familiale, c'était la succession coutumière qui l'emportait ; à l'encontre des héritiers du sang, les légataires universels ne continuaient pas la personne du défunt, n'avaient pas la saisine ; n'étaient pas tenus des dettes infiniment. Pour les biens propres ou avitains, venus de la famille, on appliquait la règle « *paterna paternis* » ; quant aux acquêts ils étaient dévolus selon l'affection présumée du défunt. Enfin le droit intermédiaire avait proclamé l'égalité entre les enfants, la suppression de toute distinction des biens, et il avait restreint la liberté de tester.

Il est certain que les rédacteurs ne suivirent exclusivement ni l'une ni l'autre des deux tendances rivales ; le Code civil est le terme de cette double et réciproque réaction qui, par une lente évolution, s'est incessamment produite entre les deux courants (1). Ces deux pénétrations mutuelles avaient produit un droit commun « le droit de la jurisprudence », et de là est née la conception nouvelle ; la tendance unificative a limé les rugosités et les aspérités des deux côtés. Le Code est la fin d'une transaction (2). La loi n'exclut plus comme les coutumes, l'héritier de la volonté, mais par contre l'idée romaine d'incompatibilité des successions légitime et testamentaire a disparu : la règle coutumière

(1) M. E. LAMBERT. *Exhered. et leg.*, p. 83. 108.

(2) Il conserve les innovations révolutionnaires, mais ne restreint la liberté de tester qu'au respect de la réserve.

« institution n'a lieu » n'existe plus, mais aussi la règle formaliste du droit romain « nemo partim... » et le principe « pas de testament sans institution d'héritier » ont disparu. La succession légale est la règle ; la succession testamentaire l'exception ; ou plutôt la succession légale est le testament modèle que la loi offre comme un canevas à remplir, mais que le *de cujus* peut simplement confirmer ou modifier et transformer par son testament (sauf la réserve bien entendu).

Place de la succession contractuelle. — Dans cette conception générale du Code civil en matière de transmission successorale, telle que nous venons de la voir, quelle place reste-t-il à la succession contractuelle, que la raison conçoit, comme nous l'avons vu dans l'introduction générale, non seulement à côté du testament, mais avant lui, de préférence à lui.

Il est indéniable que le Code civil n'écarte pas la volonté en tant que source de dévolution héréditaire, puisqu'il reconnaît le testament. Seulement ne peut-on concevoir d'après les textes du Code, en dehors de la loi et du testament, un autre principe de vocation successorale, émanant de la volonté comme le testament, mais, au lieu d'être révocable et unilatéral, constituant un acte irrévocable et bilatéral : le contrat.

Il est bien certain que la question ne fut pas posée de cette manière lors de la discussion sur le titre des successions ou sur celui des donations et testaments. Si l'on veut quelque peu évoquer la genèse des idées qui

naquirent dans les esprits des rédacteurs on se souviendra que les législateurs se trouvaient en présence d'un héritage historique vieux de plusieurs siècles, de traditions enracinées dans les convictions de leurs contemporains ; ces faits rendent peu probable et même absolument impossible que le problème ait été envisagé avec une aussi grande largeur de vue. Evidemment à côté de la loi et du testament, la raison conçoit un troisième mode, le contrat, pour transmettre la succession ; mais les rédacteurs n'eurent pas besoin de recourir à cet instrument de recherche législative, alors qu'ils se trouvaient en présence d'une longue évolution juridique dont les résultats semblaient devoir s'imposer à leur choix.

Le droit romain, d'abord, offrait la théorie prohibitive sur les pactes successoraux, mais la théorie de l'époque classique et du Bas-Empire. Cette théorie émanait des écrits de tous les romanistes de l'ancien droit, de tous les commentateurs de la compilation justinienne. L'histoire du droit romain était alors inconnue, ou fort obscure ; le droit des origines n'était pas même soupçonné et les institutions primitives (par exemple le testament *calatis comitiis*, *per aes et libram*, connus plus tard par la découverte de nouveaux documents) étaient complètement ignorées. La théorie de l'époque classique et du Bas-Empire se présentait donc comme la reproduction du système romain dans son intégralité.

Le droit écrit n'avait fait que reproduire la théorie

romaine ; mais cependant, dans son dernier état, sous l'influence du droit coutumier, du droit commun, et de la jurisprudence, il avait admis une exception importante à la prohibition, en faveur des contrats de mariage, pour les conventions de succéder qui y seraient contenues.

Quant au droit coutumier, il avait toujours conservé le principe fondamental qui se révèle chez tous les peuples primitifs : le mode d'expression de la volonté en matière successorale, c'est le contrat ; l'acte entre vifs, irrévocable et bilatéral, c'est, par excellence, le moyen de disposer de sa succession.

Cependant, cette idée générale eut à lutter contre deux autres rivales au point de vue successoral. De l'ancienne copropriété familiale, il était resté une règle impérative « institution d'héritier n'a lieu », « solus Deus heredes facere protest, non homo » ; mais cette exclusion de la volonté ne put rien contre les traditions anciennes qui avaient conservé le procédé contractuel depuis l'affatome salique jusqu'à l'institution contractuelle. Par contre, la convention de succéder eut plus à souffrir de son opposition aux idées romaines, et ce fut, pour faire une concession aux instances pressantes des romanistes que l'on consentit à cantonner le contrat successoral dans le contrat de mariage, et que l'on se décida, quoiqu'à regret, à proclamer le principe : les pactes sur succession future sont prohibés.

Malgré cela, les exceptions étaient restées nombreuses

et considérables ; fréquentes étaient, comme l'on a vu, les « convenances de succéder » dans les conventions matrimoniales, et, à côté d'elles, il y avait encore plusieurs pactes successoraux qui étaient permis, bien qu'ils fussent en dehors de tout contrat de mariage. On peut dire que le droit coutumier admettait le contrat successoire presque d'une manière générale ; il connaissait, à côté de la succession légale ou testamentaire, la succession contractuelle ; à côté de l'héritier légal ou testamentaire, l'héritier contractuel.

Enfin le droit révolutionnaire avait presque totalement réduit le nombre et la portée de ces exceptions en vue de poursuivre la réalisation des idées égalitaires ; il avait ainsi rendu les unes inutiles, et simplement aboli les autres. Le privilège de primogéniture était effacé ; c'était rendre impossibles les déclarations d'ainé, inutiles les promesses d'égalité ; en même temps on interdisait les renonciations des filles ou des puînés, supprimait les exclusions des filles par la coutume. La distinction des biens selon leur origine pour en attribuer la succession avait disparu : la stipulation de propres manquait de sens. Le privilège du double lien était écarté : l'affrérissement n'avait plus d'utilité. Le douaire conventionnel était remplacé par des gains de survie, nettement réglementés, etc...

Parmi ces souvenirs de trois provenances différentes : droit romain, droit coutumier, droit révolutionnaire,

les travaux préparatoires nous permettront de montrer quelles furent les préférences des rédacteurs de 1804.

Les travaux préparatoires sur la prohibition des pactes successoraux.

Ce sont les travaux préparatoires qui nous permettront de découvrir le mieux la volonté des législateurs (1). On va voir que la question de la transmission successorale par contrat ne fut pas discutée par eux sous un aspect d'ensemble. D'ailleurs les études législatives n'avaient pas atteint à cette époque le développement et la largeur de vue qu'elles ont acquis aujourd'hui ; la conception spéculative était plutôt considérée comme une source extrêmement délicate à laquelle il ne fallait puiser qu'avec beaucoup de modération, et en l'absence de tous précédents. Fidèles disciples des doctrines romanistiques de l'ancien droit, les rédacteurs ne songèrent guère en vérité que l'on pût s'écarter des voies tracées et chercher ailleurs que dans un éclectisme intelligent entre les législations anciennes et modernes, les matériaux nécessaires à l'édification de leur œuvre législative. Ce qu'ils ont surtout voulu reproduire, c'était ce qui, sans contredire les nouvelles idées égalitaires, avait acquis, je ne dirai pas force de loi dans l'ancienne jurisprudence, mais force de raison écrite (2). Et il leur sembla que pour les conventions de succéder, la théorie du droit romain au Bas-Empire était la formule

(1) REGELSBERGER. *Pandekt.*, II, § 36. 5.

(2) M. F. GENY, *op. cit.*, III^e part. ch. I, sect. IV, n^o 141. 142.

la plus pure de la pensée française : les précédents révolutionnaires leur firent écarter les traditions coutumières, dont on ne se souvint qu'à propos du contrat de mariage ; en dehors de ce cas particulier le droit romain exerça sur eux son ascendant habituel. En effet jamais on ne prononça même le mot de « convention de succéder », encore employé par tous les jurisconsultes du XVIII^e siècle, pas davantage celui de succession contractuelle ou de transmission conventionnelle de la succession. Mais il fut simplement question de renonciations à succession future à propos de l'option héréditaire, de contrats ayant pour objet une succession future à propos des contrats en général et du contrat de mariage en particulier.

Chabot de l'Allier (1), dans son rapport au Tribunat, expliqua le premier l'interdiction des renonciations « contraires au principe général qui veut qu'on ne puisse renoncer à la succession d'un homme vivant » et surtout en haine des anciennes inégalités féodales et aristocratiques ; Siméon (2), au corps législatif, tient le même langage et ajoute « qu'il faut connaître son droit et savoir en quoi il consiste pour y renoncer valablement », en faisant remarquer l'immoralité, la cupidité malhonnête attachées à un pareil marché. A propos du contrat de mariage, les donations de biens à venir furent présentées comme des exceptions que seule la

(1) S. 26 germ. XI. LOCRÉ, X, p. 256.

(2) S. 29 germ. XI. LOCRÉ, X, p. 298. 299. — FENET, I, p. 168.

faveur du contrat de mariage pouvait légitimer (1). Lors de la discussion du titre des contrats, Bigot-Préamneux (2) écarte ces conventions « incompatibles avec l'honnêteté publique » malgré le consentement du de cujus ; de même le tribun Favard (3), qui les réproouve « même dans un contrat de mariage », indique cependant l'exception en faveur des partages d'ascendants. Le tribun Mouricault (4) fait valoir l'égalité successorale ; l'un des principaux objets de notre législation actuelle, dit-il, serait facilement éludé, la plupart de ces conventions sur les successions futures ayant pour but de porter atteinte à l'égalité des partages ». On sent toujours la même idée : il faut écarter les anciens privilèges, les exclusions coutumières que la convention pourrait chercher à rétablir ; c'est l'idée révolutionnaire.

Ce fut Portalis, dans l'exposé des motifs de la séance du 7 ventôse an XII (5), sur la loi relative à la vente qui fut le plus sévère détracteur de la convention successorale ; l'énergie de son langage rappelle certaines expressions d'anathème employées par je ne sais plus quels auteurs : « *corvina pactio*, » ou encore : « *si vultur es*,

(1) BIGOT-PRÉAMNEUX. S. 2 flor. XI. D. R. V. Disp., p. 31. 38. 39. 43. 44.

(2). S. 6 pluv. XII. LOCRÉ, XII, p. 324.

(3) FENET, XIII, p. 317. S. 13 pluv. XII.

(4) S. 17 pluv. an XII. FENET, XIII, p. 419.

(5) LOCRÉ, t. 14. S. 7 ventôse an XII, p. 151, n° 20. D. V. Vente, p. 40. du *Rep.*, n° 15.

cadaver exspecta » dont il semble vouloir dépasser la sévérité.

Après avoir rappelé la prohibition romaine, « maxime conforme aux bonnes mœurs et dictée par l'humanité même », dont le contraire violerait « les sentiments de la nature et les principes de l'honnêteté », flétri « l'obscurcissement et l'étouffement des idées de la saine morale » en Angleterre, où l'on admet l'assurance sur la vie, il fait remarquer que « la vie de l'homme est hors de prix, ne saurait être l'objet d'un commerce ; sa mort devenir la matière d'une spéculation mercantile ; ces pactes sont « odieux » et ils ne sont pas « sans danger ». « La cupidité qui spéculé sur les jours du citoyen est souvent bien voisine du crime qui peut les abrégé ». « La vente de la succession d'une personne vivante nous offre le spectacle affligeant d'un parent, d'un proche assez dénaturé, pour consulter, avec une sombre et avide curiosité le livre obscur des destinées ; pour fonder de honteuses combinaisons sur les tristes calculs d'une prescience criminelle et, je ne crains pas de le dire, pour oser entr'ouvrir la tombe sous les pas d'un parent, d'un bienfaiteur peut-être ».

C'était toujours, mais présenté avec une éloquence toute évocatoire ; la pensée de Pothier et de ses contemporains ; on se faisait en cela l'écho des idées romaines, du langage de Justinien dans la l. 30 De Pactis 2, 3. Et ce sont encore les mêmes raisons qui sont

répétées par les tribuns Faure (1), Grenier (2). En somme, les idées romaines, sans même admettre le tempérament de Justinien, et les idées révolutionnaires de l'égalité successorale.

Ainsi, par un hasard curieux, il s'était trouvé que le droit romain, de l'époque classique et du Bas-Empire, et le droit révolutionnaire, donnaient la même solution, mais en partant de points de vue bien différents. Chacun d'eux voulait remédier à un mal social : le droit romain impérial au fléau des captateurs de succession, le droit intermédiaire à la dynastie de castes, à la féodalité, à l'ancienne aristocratie. Le droit romain exerçait sur les esprits des rédacteurs un ascendant irrésistible : leur éducation juridique n'y était pas pour rien ; d'autre part on se souvient, que parmi les nombreuses utopies révolutionnaires, on avait cherché à faire revivre la civilisation des peuples antiques ; l'imitation des Grecs et des Latins ne fut jamais si en honneur chez nous ; cette tendance avait pénétré la vie dans toutes ses manifestations : les lettres, les arts, la sculpture, la peinture, et même le style des meubles ou la création des modes. Tout avait été pendant un certain temps, « à la romaine, ou à la grecque. » Aussi Portalis ne pût-il résister à un beau mouvement oratoire quand il s'est agi de stigmatiser les pactes successoraux ; il ne lui manquait qu'une toge, où il se serait drapé d'un

(1) LocRÉ, t. XIV, p. 197, n° 20. D. *Rep. op. cit.* p. 46, n° 44.

(2) S. 15 vent. XII. LocRÉ, XIV, p. 242.

mouvement magnifique comme Cicéron ou Démosthène. Ceci n'est pas une critique du caractère de Portalis, bien loin de là ; mais je cherche à me rendre compte de l'état d'esprit dans lequel fut admise la conception du Code civil sur la succession contractuelle.

Ce qu'avait décidé le droit romain, de l'époque classique et du Bas-Empire, c'était bien ce que commandaient au législateur la raison et la conscience. Enfin cette circonstance toute particulière que la jurisprudence générale du royaume avait presque reconnu le principe du droit romain, et surtout que l'adoption du système romain trouvait un argument inébranlable dans ce fait que la prohibition consoliderait la destruction des inégalités aristocratiques de l'ancien régime, c'était bien moins qu'il n'en fallait pour faire adopter (1) la règle de défense qui fut écrite dans les articles 1130 et 791 du Code de 1804.

LE PRINCIPE DE LA PROHIBITION

Une interdiction générale des pactes sur succession future, tel est, à quelques exceptions près, en faveur

(1) Les tribunaux consultés n'avaient fait entendre que des protestations isolées ; par exemple le tribunal de Montpellier : l'article 791 du Code civil pourrait empêcher beaucoup de sages arrangements de famille par contrat de mariage, où l'on réglait du consentement de l'auteur vivant les droits éventuels des héritiers présomptifs.— FENET, IV, p. 440. Contra. Tribunal de Rennes.— FENET, V, p. 369.

du contrat de mariage, le principe fondamental du Code civil en fait de succession contractuelle. La prohibition est exprimée en termes clairs et nets au titre III du livre III, section III, des obligations conventionnelles en général, dans l'article 1130 :

« Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation. On ne peut cependant renoncer à une succession non ouverte ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit. »

Ainsi le législateur commence par reconnaître que des choses futures peuvent constituer l'objet d'un contrat ; il suit en cela le droit romain et l'ancien droit français, la vie courante offre d'ailleurs des exemples répétés de contrats semblables (1).

Mais la loi retranche de cette admission une chose future spéciale, la succession future. Une succession non ouverte est une chose future comme une autre, et sans le texte légal, elle aurait pu valablement former l'objet d'une convention (2).

Il résulte de cette prohibition que le pacte sur succession future a un objet illicite. L'objet des obligations contractuelles doit satisfaire à plusieurs conditions : il doit être déterminé, possible et notamment licite (a. 1126, 1128, 1129, C. civ.). Or, parmi les objets

(1) La vente de récoltes sur pied ; les marchés de Bourse à terme. LYON-CAEN et RENAULT. *Tr. d. dr. com.*, IV, n° 953 s. Les ventes à livrer. LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, III, n° 158 s.

(2) MOURLON. *Répét. écrit. du Cod. nap.*, a. 1130.

qui ne remplissent pas cette condition de licéité, se trouvent les objets hors du commerce (a. 1128), et au nombre de ces derniers se rencontrent ceux qui sont contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs (1). Et l'on verra que si, lors des travaux préparatoires, il ne fut pas donné un motif seul et unique pour légitimer la sévérité de la loi, du moins toutes les raisons qui militèrent aux yeux des rédacteurs pour repousser toute ingérence de la convention des parties dans la transmission successorale appartiennent à des considérations d'ordre public. On sait que l'on ne peut aucunement déroger aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs (a. 6, C. civ.).

Voilà donc le principe général et fondamental, « on ne peut faire aucune stipulation (au sens le plus étendu : aucune convention) sur une succession non ouverte (2) ». La formule de la règle ne souffre aucune difficulté.

Les rédacteurs tenaient beaucoup à cette interdiction prononcée en termes si tranchants ; ils l'avaient émise

(1) Une convention à titre onéreux sur une succession future est également à considérer comme non avenue sous le rapport de la cause ; elle a une cause illicite. La jurisprudence et certains auteurs rattachent plutôt notre prohibition à ce principe qu'à celui de l'objet illicite. On verra plus loin, à propos de l'article 900, le rôle important qu'ils font jouer à la cause dans les donations sous condition de renoncer à une succession future.

(2) PLANIOL. *Trait. du Droit civil*, t. 2, n° 1012 et s. — BAUD. LACANT. *Précis droit civil*, t. 2, n° 65 (6^e édit.). — BAUD. LACANT. et BARDE. *Des Oblig.*, t. I, § 259, a. 282 (1897). — AUBRY et RAU, t. IV, § 344 (1871). — MARCADÉ, a. 1130. — DALLOZ. *Nouv. C. civ. annoté*, a 1130. — Rep. V. *Obligat.*, n° 421 et s.

à propos des renonciations successorales tout en lui donnant déjà une partie assez étendue ; le texte se trouve dans la section II, titre I, livre III, article 791 : « On ne peut même, par contrat de mariage, renoncer à la succession d'un homme vivant, ni aliéner les droits éventuels qu'on peut avoir à cette succession. »

C'était surtout en haine des inégalités de l'ancien régime que l'on avait inséré l'impossibilité de toute renonciation à succession future. Et, toujours pour la même raison, lorsqu'il s'est agi de rédiger le titre du contrat de mariage, on se souvint que dans l'ancien droit ce contrat contenait presque régulièrement des conventions successorales ; il fallut bien faire comprendre que tout cela était aboli et l'on répéta le principe de l'article 1130 dans les dispositions générales de l'article 1389 : « Ils (les époux) ne peuvent faire aucune convention ou renonciation dont l'objet serait de changer l'ordre légal des successions, soit par rapport à eux-mêmes dans la succession de leurs enfants ou descendants, soit par rapport à leurs enfants entre eux (1) ». D'ailleurs, on avait déjà écrit dans l'article 1387 que les époux ne pouvaient stipuler aucune clause qui fût contraire aux bonnes mœurs. Enfin, le principe est encore rappelé au titre de la vente, chapitre III, article 1600 : « On ne peut vendre la succession d'une personne vivante, même de son consentement ». C'était inutile à

(1) Par conséquent, il ne saurait plus être question de clause d'affrérissement. BUFNOIR. *Propriété et Contrat*, p. 520.

dire puisque l'on avait l'article 1130 qui est général pour tous les contrats, d'autant plus que l'article 1598 avait déjà répété que tout ce qui n'est pas dans le commerce ne peut être vendu, ni les choses dont des lois particulières ont prohibé l'aliénation (1).

LES MOTIFS DE LA PROHIBITION

Nous avons vu comment les rédacteurs du Code civil étaient arrivés en 1804 à ce principe de prohibition ; ils se sont montrés sévères à l'endroit des pactes successoraux. Si les travaux préparatoires nous ont permis de connaître la genèse de leurs idées, rien ne prouve cependant que la relation à nous faite de ces discussions contienne tout ce qui fut dit lors de l'élaboration du texte législatif. Il importe de préciser encore mieux la pensée qui les a guidés, de rechercher les véritables motifs de cette interdiction, et cela pour deux raisons :

Premièrement, on pourra tirer de cette étude des conclusions déductives sur la portée de la défense, la nature de la nullité qui en résulte, les caractères et les effets de cette nullité.

Deuxièmement, il sera possible de fournir une for-

(1) Le principe général s'accorde donc avec le dualisme de l'article 893 (donation ou testament), avec l'art. 711 et avec l'art. 943 qui interdit les donations de biens à venir.

mule satisfaisante pour énoncer ces motifs, car, en se livrant à leur recherche, on s'apercevra que les civilistes actuels sont loin d'être d'accord à ce sujet et qu'en effet ces motifs sont nombreux, d'ordres divers, « plus ou moins incertains, plus ou moins décisifs » et même « trop obscurs, trop complexes, trop discutables (1) », pour que l'on puisse facilement leur donner une formule brève et précise.

Je n'ai pas l'intention de faire à cette place la critique législative de ces motifs ; j'en ai réservé l'étude pour la conclusion générale. Nous rechercherons seulement quelles furent les raisons qui inspirèrent les rédacteurs.

Un premier motif, bien connu, venu des Romains, sur lequel, comme on l'a vu, on insista beaucoup au cours des travaux préparatoires, c'est le caractère immoral des pactes sur succession future. Ils blessent la dignité des mœurs, l'honnêteté, sont contraires à l'ordre public. Beaucoup d'auteurs admettent le bien fondé de ce motif et ajoutent que ces pactes sont même un danger social.

Mais comment se fait-il, dit-on, que le Code civil admette cependant le contrat de rente viagère ; peut-être plus dangereux ce contrat est presque toujours, il est vrai un acte de prévoyance ; mais il y a dans notre droit d'autres contrats aléatoires (par exemple l'assu-

(1) M. GONY. Note sous C., 2 juill. *Pand. chronol.*, 1903. 1. 496, I, § 1^o de la note.

rance sur la vie) que l'on n'a cependant pas prohibés. De plus c'est une loi fatale de la vie, que la mort d'une personne profite toujours à une autre. Enfin si cette raison de moralité, de sécurité avait été la seule, on aurait admis le tempérament de Justinien résultant du consentement du *de cujus*. Aussi a-t-on proposé une autre explication : la loi présume la lésion comme vice inhérent à tout contrat de ce genre, et protège l'héritier présomptif contre l'aliénation à vil prix de ses droits éventuels, pourvu qu'il ait un avantage immédiat. Il fallait un texte spécial en présence de la théorie de la rescision pour lésion dans le Code civil : rescision qui ne s'applique qu'à certains contrats particuliers et ne peut justement pas être invoquée contre une convention aléatoire. D'autre part, en étendant l'argument, la renonciation, par exemple, pourrait être aussi la conséquence de la contrainte morale ou de la crainte révérentielle, et non l'expression d'une volonté libre et éclairée.

Evidemment c'est bien là une raison pour protéger les futurs héritiers contre leur spoliation, mais pourquoi le Code civil n'aurait-il pas déclaré tout simplement ces contrats susceptibles de rescision pour lésion (1) ? Je me garderai bien d'ajouter avec certains auteurs qu'on ne relève dans les travaux préparatoires que la crainte du danger social ou du *votum mortis*

(1) BAUDRY et BARDE, *op. cit.*, § 259.

comme raisons déterminantes. En ce qui concerne la crainte révérentielle comme source d'une lésion possible il en est bien déjà parlé par le tribun Siméon devant le corps législatif (1), si l'on se souvient qu'il avait allégué l'incertitude du droit auquel on renonce en cas de renonciation à succession future. Mais la théorie qui présumerait la lésion serait dangereuse aussi : elle ouvrirait une porte à l'arbitraire en permettant peut être trop facilement au juge d'interpréter les conventions successorales et de les maintenir quand la réalité des choses ne répondrait pas à la présomption de la loi (2).

Mentionnons seulement, à titre de pure indication, un motif fourni par certains auteurs ; c'est l'écho affaibli du sens que l'on avait voulu attribuer aux deux textes romains de Pomponius et de Paul. Renoncer à une succession non ouverte (3), vendre une succession future (4), ce sont là, dit-on, des contrats sans objet ; je crois qu'il est inutile d'insister sur ce point : notre loi admet les contrats sur choses futures et d'ailleurs il y a des exceptions nombreuses à la prohibition qui nous occupe.

L'idée aurait été plus exacte si elle avait été présentée sous un autre aspect : ces conventions portent sur

(1) Séance 29 germinal an XI. — LOCRÉ, t. X, p. 298, 299 ; v. plus haut p. 182.

(2) LAURENT, t. XVI, n° 83.

(3) DEMOLOMBE, t. 14, n° 300. — LAURENT, t. IX, p. 488, n° 418.

(4) TROPLONG. *Vente*, 245 à 251 sur l'art. 1600.

des masses actives et passives de patrimoines, masses variables ; leur objet est indéterminé ; et au point de vue économique leur caractère aléatoire les rend suspectes au législateur qui a souci des intérêts privés (1). C'était déjà un peu, mais à peine entrevue, la raison donnée par le tribun Siméon à laquelle je viens de faire allusion.

Il est cependant bien une raison de la prohibition que l'on ne saurait discuter et qui était un héritage des idées révolutionnaires (2). C'est que tout pacte sur succession future constituait aux yeux des rédacteurs un danger pour les lois successorales : on serait arrivé par ce moyen détourné à violer l'égalité des partages (3), à faire renaître les privilèges de masculinité, d'ainesse, que la Révolution avait eu tant de peine à détruire (4).

Enfin on a ajouté que la prohibition avait aussi pour but de faire respecter la liberté de tester ; ce droit est inaliénable, personne ne saurait s'en priver pour l'avenir ; disposer de sa succession d'une manière irrévocable, c'est contraire à la révocabilité essentielle du testament (a. 895).

(1) Rapport du conseil. ROULIER, d. C. 2 juill. 1903, *Pand chronol.*, 1903. 1. 496. — MOURLON, *op. cit. ibidem*.

(2) Bien que l'on puisse y déroger par testament.

(3) CHABOT DE L'ALLIER, S. 26 germ. an XI. — LOCRÉ, X, p. 256, v. plus haut p. 150. — SIMÉON. S. 29 germ. an XI. — LOCRÉ, X, p. 298, 299, v. plus haut p. 150. — MOURICAULT, S. 17 pluv. an XII. — FENET, XIII, p. 419, v. plus haut p. 150.

(4) Rapp. conseiller ROULIER, *op. cit. ibid.*

De toutes ces raisons, laquelle est prépondérante ? Quel motif a poussé les législateurs ?

Pour M. Saleilles (1), la prohibition fut édictée parce que ces contrats sont à la fois lésionnaires et dangereux « à raison même de l'incertitude qui règne jusqu'à la mort du futur de cujus, sur le contenu de son hérédité, par suite sur la valeur de la convention qui s'y rapporte » ; ils sont « immoraux et sans profit économique appréciable, il ne faut pas permettre à ceux qui se croient appelés à hériter d'un autre, de se donner sur le fondement de cette espérance un crédit qui sera le plus souvent imaginaire et du moins qui sera toujours très fragile. »

Néanmoins, je crois certain qu'aujourd'hui ces conventions successives n'ont plus, à nos yeux, le caractère odieux qu'elles présentaient autrefois, et sans nous demander, comme Laurent, si nous avons gagné en moralité ou si notre sens moral s'est affaibli, je crois que c'est la raison pour laquelle on éprouve tant d'hésitations pour démêler le fond de la pensée qui a inspiré les rédacteurs.

D'autre part nous savons que ceux-ci ont suivi les docteurs les plus autorisés du XVIII^e siècle, Pothier entre autres, qu'ils ont écouté leurs conseils, et qu'à cette époque la théorie traditionnelle du droit romain était dans tout son épanouissement.

(1) M. SALEILLES. *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*, n° 148, p. 151, 152, 155.

Pour expliquer plus clairement les raisons décisives de la prohibition, il faut reprendre la division tripartite des contrats successores, mais dans l'ordre où chaque espèce s'est présentée devant les législateurs.

Il fut d'abord question des renonciations ; elles furent repoussées parce qu'il fallait protéger l'égalité successorale des enfants vis-à-vis de leurs parents, détruire les privilèges féodaux ; en effet, le Code civil dans l'article 761, abandonne son principe parce qu'il s'intéresse moins à l'enfant naturel qu'à l'enfant légitime. Accessoirement, on a dit qu'il fallait éviter la contrainte morale que le père pourrait exercer sur sa fille, sur son fils puîné, pour obtenir leur renonciation en faveur des mâles ou de l'aîné ; subsidiairement on a peut-être encore ajouté que ce serait offenser l'honnêteté publique ; mais ce motif fut réservé à la prohibition des pactes sur la succession d'un tiers vivant.

En effet, à l'égard des conventions sur la succession d'autrui, ce fut tout le droit romain que l'on invoqua ; le vrai, le seul motif, ce fut alors leur immoralité en même temps que leur danger social. Peut-être a-t-on aussi opposé l'incertitude d'un semblable contrat au point de vue économique, mais ce n'est pas très sûr. Ensuite, comme on reproduisait le droit romain, on se demanda s'il fallait conserver l'exception de Justinien au cas où le de cujus ajouterait son consentement à l'acte. L'ancienne jurisprudence présentait à ce sujet

beaucoup de divergences, et cette fin de non-recevoir contre la nullité fut écartée (1).

D'ailleurs, si on écartait le droit romain sur ce point et accentuait en quelque sorte sa sévérité en supprimant ce tempérament, cela cadrerait également avec le principe proclamé à propos des donations entre vifs et des testaments, à savoir que le testament était le seul mode de disposition à cause de mort, mode essentiellement révocable (a. 893). Le testament semblait d'ailleurs moins suspect que le contrat, au point de vue de la sauvegarde de l'égalité successorale. Ainsi la convention pour disposer de sa propre succession était complètement écartée.

Le cycle des trois modalités était parcouru ; on peut résumer les résultats obtenus en une seule formule : toute convention sur succession future est prohibée pour un motif d'ordre public, pour :

- 1° Protéger l'égalité successorale ;
- 2° Sauvegarder la morale et la sécurité publiques ;
- 3° Confirmer le principe, le testament est le seul mode de disposition à cause de mort.

SITUATION THÉORIQUE DE LA PROHIBITION

Telle que nous l'ont révélée l'histoire du droit ro-

(1) *Observat. de la sect. de légistat. du Tribunal après communication officielle*, le 22 frimaire an XIII, FENET, XIII, p. 146.

main, l'histoire du droit français, telle que les rédacteurs du Code civil l'ont conçue, telle que ses motifs la légitiment. la prohibition des pactes successoraux est un accident législatif ; créée à Rome dans des circonstances sociales toutes particulières, elle fut reprise par la théorie traditionnelle sous l'ancien-droit comme émanant de l'essence pure du droit romain tout entier, alors qu'il s'agissait d'une époque de son histoire. Nos législateurs l'ont adoptée pour des motifs d'ordre public, assez généraux d'ailleurs : protection de l'égalité successorale, sauvegarde de la morale et de la sécurité publiques. Enfin elle s'accorde avec notre tendance à faire rentrer les différents actes de la vie privée dans des moules rigides, dans « des catégories juridiques (1) » : ici, la prohibition confirme en effet le principe : il n'y a que le testament comme mode de disposer de sa succession, et le dualisme des libéralités gratuites permises : donation entre vifs ou testament. Aussi a-t-on voulu donner à la prohibition un caractère encore plus sacré, si j'ose dire

(1) M. GENY, *op. cit.*, II^e part., § 69, p. 133 et s. — Le dualisme (donation entre vifs ou testament) est une conception tirée de prétendus textes de loi, alors qu'il aurait fallu n'y voir qu'une « approximation hypothétique essentiellement susceptible de changements, puisqu'elle manque de toute réalité objective. » Et cependant, il s'agit là d'actes juridiques où intervient la volonté de l'homme « si flexible, se moulant sur les faits et s'adaptant à la variété des situations. » Pourquoi faut-il donc qu'une opération juridique doive absolument rentrer dans une catégorie ? Cependant on ne tarde pas à s'apercevoir de « l'irréalité objective et de l'insuffisance dans leurs résultats » qui sont les défauts de ces conceptions abstraites.

ainsi, en la rattachant, d'une manière plus intime, à l'ensemble de notre droit civil : on en a fait une conséquence de la grande théorie du patrimoine qui domine la doctrine française sur le droit des biens : on a présenté notre prohibition comme consacrant implicitement l'inaliénabilité du patrimoine ; en dehors des motifs que nous avons découverts, la prohibition aurait son fondement juridique dans l'inaliénabilité du patrimoine (1).

Nous avons déjà fait, dans l'introduction générale, une vague allusion à cette idée de patrimoine. Cette conception, fondée par de célèbres auteurs, MM. Aubry et Rau, n'a pas tardé à s'imposer quelque peu dans toute la doctrine ; mais on va bientôt s'apercevoir, justement au sujet de cette question, qu'on lui a peut-être trop fait crédit.

Le patrimoine, c'est l'ensemble des biens d'un individu, l'ensemble des droits civils d'une personne sur des objets et constituant des biens ; c'est une *universitas juris*, par opposition à une université de fait (comme un troupeau, une bibliothèque). Les éléments du patrimoine sont essentiellement variables (2) ; néanmoins, ils sont soumis à une seule et même volonté ; l'idée de patrimoine se déduit donc de la personnalité dont il est une émanation : puisque c'est la personnalité même de

(1) AUBRY et RAU, § 577, texte et n° 5, t. VI, 4^e édit., p. 642.

(2) AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. II, 5^e édit., § 162, 573 et suiv. 4^e édit., t. VI, p. 642.

l'homme considérée dans ses rapports avec les objets extérieurs sur lesquels il peut ou pourra avoir des droits, il comprend non seulement les biens acquis, mais les biens à acquérir, *in potentia* (1). Le patrimoine (*Vermögen* chez les Allemands), c'est la puissance juridique de l'individu considérée d'une manière absolue (2).

De cette conception, les auteurs déduisent les conclusions suivantes : le patrimoine est un et indivisible ; comme inséparable de la personne, il est inaliénable par tout acte entre vifs, même à cause de mort ; il ne peut se transmettre après la mort que par une représentation parfaite du défunt en la personne des héritiers. La conséquence de l'inaliénabilité est celle qui nous intéresse plus particulièrement.

Le patrimoine, tel qu'on l'a défini, est l'objet de droits : bien qu'il se fonde dans la personnalité, il y a un rapport entre la personne et le patrimoine : le seul droit qu'une personne puisse avoir sur le patrimoine c'est un droit de propriété, après la mort il ne s'agit plus que d'un droit de succession. Ce droit de propriété s'appelle aussi patrimoine : la personne ne l'acquiert pas, c'est un bien inné, inhérent ; il n'est pas nécessaire que l'on possède des biens ; ce patrimoine est inaliénable, et, de là, vient la prohibition des pactes sur succession

(1) Le patrimoine comprend les biens passifs comme les biens actifs, ceci va de soi.

(2) C'est une émanation de la personnalité : seule une personne peut en avoir un, toute personne en a un, la même personne n'en a qu'un,

future ; le titulaire ne peut l'aliéner même pour après sa mort.

Comme l'a très judicieusement fait remarquer M. Gény, on touche ici du doigt l'un des dangers créés par la conception aprioristique du patrimoine. Il est certain que si la jurisprudence s'en était tenu rigoureusement à ces principes, elle ne présenterait pas la tendance générale que nous découvrirons à la fin de cette étude ; le droit actuel en France se résumerait dans une formule synthétique sur l'orientation donnée à l'application de notre prohibition. En tous cas le fait de considérer cette dernière comme une conséquence de l'inaliénabilité du patrimoine a certainement toujours gêné considérablement, pour ceux qui l'admettaient, l'interprétation restrictive que pouvait et même devait réaliser la jurisprudence en ce qui concerne les articles 791-1130.

L'erreur des éminents civilistes provient de ce qu'ils donnent à une pure conception de l'esprit, créée pour expliquer certaines conséquences juridiques, une existence réelle, objective (1) ; ce qui conduit forcément à des conclusions contredites par la nature des choses ; car ils passent d'une manière injustifiée, de l'objectif au subjectif pour revenir du subjectif à l'objectif. Après avoir pris le patrimoine comme idée générale résultant de la réalité concrète des choses, l'ensemble des biens

(1) M. GÉNY, *op. cit.*, II^e part., ch. 2, § 67, p. 126 à 128.

d'une personne, on élève la conception et l'on en fait une conception subjective, un élément de la personnalité ; puis en examinant les caractères de cette émanation du moi, on revient à une notion objective, on crée un degré dans l'échelle des généralisations : ce patrimoine est susceptible de droits, disent-ils ; le seul droit possible sur le patrimoine c'est un droit de propriété (on concevrait aussi bien un droit d'usufruit, de jouissance), et ce droit de propriété, qui est aussi le patrimoine, est inaliénable ; pourquoi cette complication ? A-t-on oublié que le patrimoine c'était l'ensemble des biens sur lesquels on a des droits ; qu'est-ce que ce droit sur des droits ; tout ceci révèle un défaut de logique. En réalité on a voulu confondre en une seule deux choses bien distinctes : la faculté, la puissance juridique d'acquérir, qualité de l'individu (sorte de bien inné, inaliénable), d'une part et le patrimoine in concreto, en tant qu'universalité de choses fongibles, ensemble de tous les biens qui appartiennent au même individu d'autre part. Il y a abus de conception subjective : le patrimoine, c'est l'ensemble des biens d'une personne, mais non pas une émanation de sa personnalité ; sans quoi on dépasserait la limite de la généralisation ; on veut faire participer des réalités objectives aux attributs et aux caractères d'une puissance abstraite, d'une qualité subjective, ce qui est l'impossible.

En bonne logique, si ce patrimoine, émanation de la personnalité, était inaliénable, comme on veut bien

le dire, il n'y aurait pas de succession; il faudrait admettre rigoureusement qu'il disparaît avec la mort de la personne. On répond, il est vrai, que le patrimoine peut être l'objet d'un droit de succession comme il est l'objet d'un droit de propriété (1); sans doute, mais il ne peut plus s'agir alors que du ^e patrimoine, conçu comme ensemble de biens, in concreto, puisque la faculté d'acquérir a disparu avec la mort du titulaire (2). On ajoute encore, il est vrai, que la véritable succession n'a lieu que si l'héritier représente parfaitement la personne du défunt, la continue (3). Soit, mais ceci c'est un illogisme, ou plutôt une création pour corriger la théorie qui n'est plus exacte; on reconnaît par là même avec nous que la qualité d'acquérir avec laquelle on confond le patrimoine, a disparu par la mort de la personne.

D'autre part, si la prohibition était la conséquence de l'inaliénabilité patrimoniale, on pourrait tout au moins l'éviter en faisant des pactes successoraux qui, sans désigner des héritiers continuateurs de la personne, habiliteraient simplement des successeurs aux biens ou des successeurs à titre particulier seulement;

(1) C'est bien la pensée « la mort, dit-on, ne fait pas perdre pour autant le caractère d'universalité juridique à l'ensemble des biens. »

(2) L'universalité juridique des biens n'est pas la même chose que la faculté d'acquérir.

(3) Le nom de successeur universel ne convient qu'à celui qui représente le *de cujus* en continuant sa personne juridique. Ceci est une fiction, donc il faut le reconnaître; mais cela ne vient pas de l'idée de patrimoine.

il n'en est rien ; la prohibition est absolue (art. 791, 1130).

Enfin, si elle était la conséquence de cette inaliénabilité, elle serait un principe de raison, de logique qui devrait s'imposer à toutes les législations qui permettent, comme le Code civil, cette prétendue conception abstraite du patrimoine. Il n'en est rien non plus ; le Code civil français lui-même admet de nombreuses exceptions à la prohibition : suffit-il de dire comme MM. Aubry et Rau, que c'est la faveur des contrats de mariage qui les légitime (1), ou qu'à former une société on n'aliène pas son patrimoine (2) ; ce n'est plus alors un argument de logique, puisque l'on peut lui faire faute ; on n'aliène pas son patrimoine, dit-on, en formant une société, d'où il résulte un pacte sur succession future ; d'accord, mais c'est bien la preuve que ce n'est pas l'inaliénabilité du patrimoine qui empêche de faire des conventions successorales ; on dit justement que l'on n'aliène pas le patrimoine, mais que cependant l'on fait un pacte sur succession future. Il n'y a donc aucune antipathie entre la conception de patrimoine et l'existence d'un contrat successoire.

Toute l'erreur provient de ce que les auteurs (3)

(1) L'exception en faveur des donations de biens à venir par contrat de mariage, art. 1082 et s.

(2) Les exceptions pour les sociétés universelles, art. 1837 ; la communauté conjugale, art. 1505, 1520.

(3) Et l'on s'en convaincra facilement en lisant les § 576 et 577 de MM. AUBRY et RAU, *op. cit.*

cités confondent en une seule les deux conceptions que nous avons dégagées : la faculté abstraite d'acquérir, et le patrimoine concret, ensemble des biens. A vrai dire on a voulu, en s'élevant au-dessus de la nature des choses, créer une conception générale ; mais il fallait lui laisser son caractère subjectif sans lui accorder une réalité concrète contraire à sa nature.

Nous en arrivons à la conclusion puissante de M. Geny, qu'on me permettra de reproduire ici. « Le substratum de cet édifice (la conception du patrimoine) n'est autre chose qu'une pure conception de l'esprit, empruntant à la réalité un élément tout à fait simple, que le travail subjectif des interprètes a déformé et dénaturé comme à plaisir. Assurément, il est naturel de se représenter l'ensemble des droits et des obligations d'une personne comme formant un tout complexe, indépendant des objets particuliers qui le composent et soumis à un régime homogène répondant à l'idée d'universalité juridique ». Ceci suffit pour expliquer certains effets comme le droit de gage général pour les créanciers, comme la transmission universelle, active et passive, du patrimoine à cause de mort. Mais si la conception subjective s'élève plus haut, trop haut, ajouterions-nous, elle dépasse son but, comme nous venons de le voir, et elle devient inutile et dangereuse ; inutile, car il n'est pas toujours nécessaire que toute règle juridique doive forcément être ramenée à une conception idéale, hypothèse scientifique sans valeur,

quand elle est contredite par la nature des choses (1) ; dangereuse : on donne une réalité objective permanente à des conceptions idéales, provisoires et purement subjectives de leur nature. C'est l'abus, combattu avec raison par l'auteur, des abstractions logiques dans la méthode juridique traditionnelle.

D'autres auteurs, et notamment M. Perceron (2), ont également cherché à démontrer que cette fiction du patrimoine produit des conséquences funestes ; ce dernier auteur, repoussant la théorie de MM. Aubry et Rau, fait remarquer que la nouvelle conception du patrimoine est beaucoup plus exacte : « c'est simplement un ensemble de droits, existant en eux-mêmes, indépendamment de la personne de leur titulaire, réunis, du reste, entre eux, par ce fait qu'ils ont tous un même but économique, qu'ils rentrent dans la sphère d'activité d'un même individu, et, pour ce motif, influencés les uns par les autres. » M. Geny a fait des adeptes, et de tous côtés on voit ainsi surgir des applications particulières de son principe général.

(1) M. GENY, *op. cit.*, III^e part., ch. 2, § 158, p. 467.

(2) La liquidation du passif héréditaire en droit français. *Rev. trim. d. dr. civil*, 1905, t. 3, p. 535 s. V. aussi CAZELLES. *Thèse*, Paris, 1905. Idée de la continuation de la personne comme principe des transmissions universelles.

DIVISION GÉNÉRALE DU DROIT ACTUEL EN FRANCE

Nous adopterons pour l'étude de notre droit actuel la même division que pour celle du droit romain dans la théorie traditionnelle : rechercher la sphère dans laquelle se meut la prohibition des articles 1130 et 791, déterminer la valeur de sa sanction, connaître les exceptions qui sont faites à cette interdiction, enfin résumer en une formule générale la tendance contemporaine du droit français en synthétisant toutes les manifestations isolées de la doctrine et de la jurisprudence, telles seront les grandes lignes de cet exposé.

L'étude du droit français se répartira ainsi :

Chapitre I. — La sphère de la prohibition.

Chapitre II. — La sanction de la prohibition.

Chapitre III. — Les exceptions à la prohibition.

Conclusion : Synthèse du droit actuel en France.

CHAPITRE PREMIER

LA SPHÈRE DE LA PROHIBITION

Le principe de la prohibition une fois posé, il s'agit maintenant d'en saisir toute la portée, de parcourir son étendue et de voir quelles en sont les limites. Il faut chercher à en faire l'application le plus exactement possible sans sortir des termes ni de l'esprit du texte. Nous savons bien, il est vrai, qu'il comporte des exceptions très précises ; mais il importe de séparer nettement son domaine de plusieurs situations juridiques plus ou moins voisines, plus ou moins semblables à première vue, qui cependant s'en distinguent bien et se rattachent à d'autres règles de droit. D'autre part, on conçoit aisément que, depuis le Code civil, cette formule concise et abstraite ait fait surgir des corollaires multiples et concrets ; les exemples nombreux que la pratique a dû résoudre ont permis de faire apparaître le principe sous son vrai jour. Je crois que l'on peut concevoir la marche lente et progressive de la doctrine et de la jurisprudence comme un effort général qui

tend à une fin unique : à savoir, tout en respectant l'impératif du législateur, de chercher néanmoins, peut-être souvent inconsciemment, à restreindre de plus en plus la portée de cette prohibition. On se souvient déjà que les juristes romains attestaient la même tendance, tendance très accentuée également chez les jurisconsultes de l'ancien droit, comme Cujas, Domat, Dumoulin. L'impulsion donnée s'est perpétuée, et depuis 1804, la doctrine et la jurisprudence, en présence quelquefois des protestations de la pratique ou des exigences de l'équité, selon les cas et les espèces, se sont toutes deux efforcées, soit d'atténuer la rigueur du principe, soit de chercher à y échapper purement et simplement en interprétant l'intention des parties, car il ne faut pas oublier que nous sommes ici en matière contractuelle, que la volonté humaine se plie à toutes les circonstances de la vie, se moule sur les faits. Cette tendance générale, comme nous le verrons plus loin, trouve une de ses manifestations dans un dernier arrêt de principe prononcé par la Cour d'Amiens, cassé, il est vrai, par la Cour de cassation, mais cependant approuvé par la grande majorité des auteurs, et accueilli par une sorte de sympathie générale de la part de tous les autres tribunaux.

La jurisprudence sur l'application de la prohibition est très abondante ; de multiples espèces se sont présentées devant les tribunaux, et ont offert souvent toutes

sortes de problèmes à résoudre ; par suite, les décisions rendues contiennent des solutions complexes ; certains cas, même, qui ont donné lieu à des hésitations de la jurisprudence, forcent à sortir un peu des strictes limites du sujet, en vue de les résoudre d'une manière satisfaisante. Il m'a semblé que devant cette forêt un peu touffue de décisions si nombreuses et que cependant il était indispensable de mentionner, pour faire connaître la prohibition dans toute son étendue, il fallait adopter une méthode simple : synthétiser tous les matériaux accumulés autour de trois idées directrices qui nous permettront de mettre le plus d'ordre possible dans les développements qui vont suivre. Nous éviterons ainsi des répétitions, l'énumération fastidieuse de plusieurs difficultés que sans cela on aurait dû examiner successivement sans qu'il y ait aucun lien entre elles.

L'acte juridique, le *negotium juridicum*, visé par la loi dans son principe, l'acte qui est prohibé d'une manière absolue, doit présenter, pour répondre au texte, trois caractères essentiels et fondamentaux :

Premièrement un caractère contractuel ; il est formé par l'accord volontaire des parties, des personnes qui en sont les auteurs.

En second lieu cet acte a un caractère successoral ; il s'agit d'une transmission de biens à titre de succession, occasionnée par le décès du titulaire du patrimoine.

Mais, et ceci fait apparaître le troisième caractère,

cet acte n'a sa fin que dans l'avenir ; il a un caractère éventuel, car il se rapporte à une succession qui n'est pas ouverte, à une succession future.

Contractuel, successoral, éventuel, tels sont les trois qualificatifs essentiels, les trois caractéristiques de l'acte repoussé par la loi, qui nous permettront de reconnaître si la prohibition doit s'appliquer à l'espèce soumise.

Nous intervertirons dans notre étude l'ordre des derniers caractères, pour terminer par le caractère successoral ; l'ordre précédent est évidemment le plus naturel, mais le changement que nous proposons est nécessité par ce fait que les développements entraînés par le caractère successoral ont une allure quelque peu générale ; si bien qu'ils se trouveront mieux à leur place si on les réserve pour la fin.

Ainsi nous rechercherons la portée et l'étendue de la prohibition sous trois aspects généraux :

Section I. — En ce qui concerne le caractère contractuel de l'acte prohibé.

Section II. — En ce qui concerne le caractère éventuel de cet acte.

Section III. — En ce qui concerne le caractère successoral de ce même acte.

SECTION I

ÉTENDUE ET CONDITIONS DE LA PROHIBITION AU POINT DE VUE
CONTRACTUEL

Nous avons à nous demander ici quelles sont les conventions que la loi française prohibe en tant que conventions successorales et comme c'est l'œuvre des parties, quelles sont les personnes que l'on a voulu écarter, ou plutôt quelle doit être leur situation juridique pour que l'on rentre dans les termes de l'interdiction. L'étude de ces deux conditions : la convention visée par la loi, les parties ou plus exactement les personnes auxquelles elle a songé, nous montrera bien quel est le genre de contrat que le Code civil a voulu prohiber en matière de transmission successorale.

I

DE QUELLES CONVENTIONS S'AGIT-IL ?

On se souvient de la division répartite des pactes sur succession future, contrat sur l'hérédité d'un tiers vivant, convention sur sa propre succession, et renonciation à succession. Or la formule de la loi est générale : « aucune stipulation » dit l'article 1130, « aucune

convention » répète l'article 1389. Les textes sont absolus, ils excluent les trois formes de conventions.

**§ 1. Toute convention sur la succession d'autrui
est prohibée.**

Le pactum de hereditate tertii viventis est nul. Un individu ne peut augmenter son crédit en engageant une succession qu'il attend. Cette convention est impossible, qu'elle soit faite entre héritiers, légataires, ou par l'un d'eux avec un étranger, et quel que soit son objet (partage anticipé, engagement de ne pas respecter le testament, promesse à un créancier de lui abandonner tout ce que l'on retirera de la succession) (1).

La jurisprudence présente souvent une pratique voisine de celle-ci : le testament pour autrui qui tombe également sous la prohibition. Ce n'est pas à proprement parler une convention ; mais si le testateur agit ainsi, ce n'est pas sans une entente préalable. La jurisprudence n'a pas hésité à annuler cette dérogation aux articles 794, 1130. (Le testateur oblige son légataire à tester lui-même en faveur de telle ou telle personne, ou à ne pas réparer l'exhérédation qu'il commet ; un époux teste sur les biens de son conjoint.) (2). Quelquefois

(1) C. 13 mai 1884. D. 84. 1. 468. 27 janv. 1904. S. 1904. 1. 269. D. 1904. 1. 359. 2 fév. 1874. D. 74. 1. 238.

(2) C. 10 mars 1869. D. 69. 1. 336. 27 janv. 1904, précit. — Angers, 25 janv. 1862. D. 62. 2. 36.

l'interprétation est délicate (1) ; ou bien l'on arrive à des résultats regrettables lorsqu'un époux institue son conjoint et veut que sa fortune retourne ensuite à ses propres héritiers. En vertu de l'article 900 on annule la condition et maintient la disposition (2).

La nullité du pactum de hereditate tertii viventis ne souffre aucun tempérament ; le législateur a pris soin d'exclure le remède créé par Justinien en droit romain ; l'article 1130 l'annule « même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit ». Les rédacteurs ont ainsi mis fin aux controverses qui s'étaient élevées dans notre ancien droit à ce sujet (3) ; ils se sont montrés plus sévères que les Romains, mais c'est regrettable, car cette atténuation aurait pu avoir une portée considérable.

**§ 2. — Toute convention sur sa propre succession
est prohibée.**

Si l'on veut disposer de sa succession, sans en laisser le soin à la loi, on ne peut exprimer sa volonté que par testament ; il est impossible de le faire par un contrat. C'est un principe fondamental de notre droit (art. 1130, art. 791, 893, 895). Le testament est le seul mode de disposition à cause de mort et il est essentiellement révocable.

(1) Paris, 27 nov. 1877. D. 78. 2. 188.

(2) Paris, 12 nov. 1858. D. 59. 2. 131.

(3) MOURICAULT. FENET, XIII, p. 419.— LOCRÉ, XII, p. 557, n° 10.

Les tribunaux ont eu l'occasion d'annuler des pactes contigus au testament (1), ou même séparés, mais dans un lieu de dépendance vis-à-vis de la libéralité testamentaire ; au fond, c'était toujours une convention successorale, quand les deux actes étaient liés l'un à l'autre (ou encore un légataire fait son testament en contemplation de celui de son auteur, s'engage à ne pas révoquer tant que celui-ci ne le fera pas, etc.) (2). C'est une question d'interprétation de la volonté chez les parties.

**§ 3. — Toute renonciation à succession future
est prohibée.**

Notre droit rompt avec le passé : un héritier présomptif ne peut plus renoncer à ses droits successoraux avant l'ouverture de la succession (3) ; qu'il renonce d'ores et déjà, ou prenne l'engagement de le faire plus tard, sa promesse est sans effets (art. 791). Peu importe la source du droit héréditaire que l'on abandonne, qu'il provienne de la loi ou d'un contrat (institution contractuelle par exemple). Toute renonciation directe ou indirecte est nulle.

(1) C. 25 janv. 1853. D. 53. 1. 43. Paris, 12 nov. 1858. S. 59. 2. 307.

(2) C. 24 août 1841. D. 41. 1. 351 et 42. 1. 241. 9 mai 1894. S. 94. 1. 338. D. 94. 1.546.

(3) Lyon, 14 fév. 1852. D. 55. 2. 296. — Grenoble, 7 janv. 1873. D. 73. 2. 108. C. 13 mai 1884. D. 84. 1. 468.

§ 4. — Rôle du contrat de mariage.

On se souvient du rôle considérable que l'ancien droit avait donné au contrat de mariage dans la question qui nous occupe. Tout pacte sur succession future devenait valable dès lors qu'il était contenu dans ce contrat. Notre Code civil va moins loin ; il permet bien exceptionnellement dans ce cas l'institution contractuelle des articles 1082 et suivants ; mais il s'arrête là. L'article 791 ajoute à sa prohibition : « même par contrat de mariage », et l'article 1389 reprend ce principe tout en réservant « les donations entre vifs ou testamentaires qui pourront avoir lieu selon les formes et dans les cas déterminés par le présent code ».

Néanmoins, en dehors de ces exceptions limitativement déterminées, la loi refuse de reconnaître dans un contrat de mariage les clauses qui, en dehors d'une véritable donation entre vifs (1), ont effet de transmission successorale pour l'avenir.

Les époux ne peuvent ajouter aucune convention par rapport à eux-mêmes sur la succession aux biens de leurs enfants, par exemple une stipulation de propres (2) comme sous l'ancien droit ; on dérogerait d'ailleurs aussi à l'article 746. Il ne leur est pas possible

(1) Lyon, 7 avril 1870. D. 71. 2. 187. S. 71. 2. 237.

(2) Angers, 1^{er} mars, 1811. D. Rep. V. *Cont. d. mar. n.*, 136. 137. Bruxelles, 16 mars 1824. S. 25. 2. 377.

non plus de stipuler une clause du même genre, par rapport à leurs enfants entre eux : l'ancienne clause d'affrérissement (1) n'est plus licite, pas plus que la déclaration d'ainé, ou l'exclusion successorale des filles. Il en est de même pour les renonciations. Les futurs conjoints ne doivent pas renoncer à s'avantager réciproquement (art. 1096), quoique l'on n'ait pas désigné le bénéficiaire de la renonciation (2) ; l'époux doté ne saurait non plus, à l'encontre de ce qui se passait sous notre ancien droit, renoncer à la succession du constituant de dot (3).

Mais les clauses de partage inégal de la communauté (art. 1520), ou qui augmentent ou diminuent la masse commune (art. 1498), sont parfaitement valables parce qu'elles n'ont rien de successoral : par exemple la stipulation d'une société d'acquêts ; il arrivait souvent (4), dans notre ancien droit, que les époux, pour exclure les enfants d'un autre mariage, convenaient que les acquêts de communauté reviendraient en pleine propriété aux enfants à naître de leur union. On s'est demandé si cette clause était encore valable aujourd'hui. Les travaux préparatoires sont en faveur de l'affirma-

(1) MERLIN. V. *Affrérissement*. Rep.

(2) C. 31 juill. 1809. D. Rep. V. *Cont. d. mar. n.* n° 150, n° 18. C. 22 déc. 1818.

(3) C. 16 janv. 1838. D. Rep. V. *Disposit.*, n° 187. 3° et autres décisions rapportées au n° 178.

(4) Surtout dans le Parlement de Bordeaux.

tive (1), bien qu'ils contiennent ceci : « qu'il ne faut changer l'ordre légal des successions », c'est-à-dire ne pas violer l'égalité entre enfants, on a objecté que cette clause était un pacte sur succession future et partant nulle. Mais l'intention du législateur n'est pas douteuse et cette solution cadre parfaitement avec la faveur dont il entoure le contrat de mariage en général.

Ainsi toute clause (2) du contrat de mariage qui aurait un effet successoral pour l'avenir est entièrement nulle.

II

DE QUELLES PERSONNES S'AGIT-IL ?

Nous savons quelles sont les conventions qui tombent sous la prohibition de l'article 1130. Elles sont toutes atteintes, même celles que peut contenir un contrat de mariage. Mais les contrats ou obligations conventionnelles sont effectués par les parties, par des personnes ou sujets de droits. Afin de délimiter davantage le champ d'action où se meut notre principe, il importe de savoir, maintenant, quelles sont les personnes qui

(1) *Duveyrier au Tribunal*. LOCRÉ. XIII, p. 396. Sc. pluv. an XII.
« On pourra encore stipuler les acquêts en faveur des enfants. »

(2) Mais non celle qui réglerait le mode du rapport. Riom, 9 déc. 1890.
D. 92. 2. 237.

doivent intervenir, quels caractères elles doivent avoir, ou plus exactement quelle situation juridique doit être la leur pour que la convention soit prohibée. Ces personnes, nous les connaissons, nous les avons indiquées en étudiant les conventions prohibées : s'agit-il de la succession d'autrui, ce peuvent être des héritiers, des légataires, des étrangers, des héritiers et des légataires, des héritiers ou des légataires et des étrangers ; s'agit-il de sa propre succession, c'est le de cujus et son héritier présomptif, ou un légataire, ou un étranger ; s'agit-il enfin d'une renonciation, c'est l'héritier présomptif et le futur de cujus qui en sont les acteurs.

Quelle doit être la situation juridique du contractant pour que l'on soit dans les termes de la prohibition. Il faut nous le demander au sujet de chacune de ces hypothèses.

Au premier cas, où deux personnes font une convention sur la succession d'un tiers encore vivant, *pactum de hereditate tertii viventis*, peu importe la situation de celui qui reçoit la promesse, de l'acceptant pour mieux dire ; quel qu'il soit, on est toujours dans les termes de l'interdiction. Mais il n'en est pas de même du promettant, de celui qui s'engage : ce dernier doit pouvoir être considéré par l'acceptant comme ayant déjà une expectative, « un droit en herbe » comme disent les anciens auteurs, un droit d'attente (*anwartschaftrecht*, disent les Allemands), ou tout au moins un très sérieux et juste motif pour fonder ses espérances

sur la succession du tiers dont il s'agit. Il faut que l'objet du contrat soit considéré comme devant lui appartenir, à lui-même, à titre successif. C'est donc bien une sorte d'habileté qu'il doit avoir, la qualité juridique de l'individu sur la tête duquel est fixé un droit éventuel de succession.

Au second cas, lorsque c'est le futur de cujus qui dispose de sa succession par voie de contrat en faveur d'une autre personne, il n'est pas nécessaire que l'un des contractants ait une situation particulière. Il faut bien que le de cujus dispose de sa succession; mais c'est là une question toute relative à l'objet du contrat : il faut savoir s'il s'agit d'une succession, ce que c'est qu'une succession, de quelle succession il s'agit ; tout ceci concerne la recherche du caractère successoral de notre acte, et par suite fait partie de cette étude. Quant au bénéficiaire de la stipulation qui va l'instituer héritier ou légataire, peu importe aussi sa situation juridique ; il accepte ce qu'on s'engage à lui donner ; s'il avait refusé, il n'y aurait pas de contrat. D'autre part, pour que l'acte soit prohibé, il faut qu'il s'agisse d'une succession future, qui n'est pas ouverte ; et cela n'est relatif qu'au caractère éventuel du droit. Il s'agira simplement de savoir si l'acte est fait pour l'avenir, en prévision d'une succession, et non pas simplement un acte entre vifs irrévocable, à titre gratuit ou onéreux, mais d'un effet immédiat. La qualification de sa nature dépend donc

non pas des parties qui interviennent, mais du caractère éventuel que doit revêtir l'acte prohibé.

Au troisième cas, où l'héritier présomptif renonce entre les mains du de cujus à tout droit successoral sur la succession de ce dernier, il n'y a pas non plus de situation juridique spéciale à exiger chez les contractants pour que l'on se trouve dans le champ d'application de la prohibition. Celui que la loi appelait à succéder renonce à profiter de cette vocation légale. En ce qui concerne le de cujus, c'est toujours la même question : il faut savoir s'il s'agit de sa succession. Quant au renonçant, de deux choses l'une : ou la succession est ouverte et sa déclaration est valable, mais ce n'est plus un contrat : sa déclaration est unilatérale ; ou la succession n'est pas ouverte et c'est justement ce qui concerne la question de savoir si l'acte a un caractère éventuel ; on cherche à déterminer, non pas la situation juridique spéciale de la partie en cause, mais une qualité intrinsèque de l'objet visé dans la convention. Il y en a une cependant que l'héritier renonçant doit avoir, c'est celle d'héritier présomptif ; mais c'est la question ou plutôt l'hypothèse même ; elle ne souffre aucune hésitation ; cette qualité est ou n'est pas ; si elle n'était pas, il ne s'agirait plus d'une renonciation, mais de l'une des deux autres conventions.

Il ne nous reste donc à étudier, au point de vue de la situation juridique des parties qui font un contrat

successoire, qu'une seule qualité, celle du promettant au cas de stipulation sur la succession d'autrui.

Le promettant doit pouvoir être considéré par l'autre partie comme devant acquérir la chose, objet du contrat, par voie de transmission successoral à titre universel ou particulier. Le promettant doit s'engager à titre successif.

Que le promettant doive recueillir la chose, objet du contrat, à titre successif.

Cette qualité juridique chez l'individu qui s'engage vis-à-vis d'un autre relativement à la succession d'autrui, d'un tiers vivant, est essentielle (1). C'est le lien qui doit exister entre la personne du promettant et la succession future dont il s'agit ; c'est presque le critérium auquel on peut s'attacher pour savoir si la prohibition doit s'appliquer. Le promettant se présente à l'égard du stipulant comme devant succéder un jour à celui dont on a la succession en vue. L'exemple le plus saisissant est celui du débiteur aux abois, poursuivi par ses créanciers, qui leur abandonne dès aujourd'hui sa part dans la succession d'une personne encore vivante, de son père par exemple (2) ; on pourrait peut-être dire qu'il

(1) LAROMBIÈRE. *Oblig.*, t. I, p. 260, a. 1130, n^{os} 14 à 18. DEMOLOMBE, t. XXIV, n^o 325. — LAURENT, n^o 99, t. XVI.

(2) C. 2 fév. 1874. D. 74. 1. 239. Ou bien encore un successible cautionne un débiteur, mais en limitant son engagement à la part qui lui reviendra dans une succession qu'il attend ; dans l'espèce il ne s'agissait pas d'un simple terme ; la caution n'obligeait que la succession sans s'engager personnellement. Rennes, 2 décemb. 1837. D. Rép. V. *Oblig.*, n^o 440.

leur donne simplement une sureté, une garantie ; mais je vise le cas le plus complet d'abandon où la convention transporte les droits des créanciers sur la succession ; le débiteur est libéré, que sa part successorale suffise ou non à les désintéresser. Il faut donc que le promettant confère un droit privatif (1) sur la succession non ouverte qu'il attend ; ce n'est plus comme l'associé, l'époux qui engagent leur émolument éventuel dans la société, dans la communauté.

Seulement il faut décider autrement du promettant qui s'engage au sujet d'un droit qu'il doit obtenir comme créancier à terme, par exemple relativement à un gain de survie (2), résultant d'une convention matrimoniale. Le promettant ne s'engage plus à titre successif, mais il aliène un droit dont l'exigibilité seule est suspendue ; l'étendue de son droit n'a rien d'incertain, car il s'agit de biens actuels qui appartiennent désormais au donataire ; seulement il n'entrera en jouissance qu'à la mort du donateur ; l'un des époux donne à l'autre certains biens s'il lui survit ; s'il lui donnait des biens à venir, la quotité du don deviendrait aussitôt éventuelle et l'acte serait un pacte sur succession future (3). Il faudra donc s'attacher à nettement préciser le caractère de l'acte

(1) Nancy, 2 nov. 1903. Rec. Nancy, 1903, p. 123. C. 9 mai 1894. D. 94. 1. 547.

(1) Le mari qui aliène une dot payable à la mort du constituant. C. 15 juin 1852. S. 52. 1. 743.

(3) A moins que l'on ne puisse invoquer les a. 1082, 1084. 1093, si leurs conditions sont remplies.

incriminé : le promettant ne renonce-t-il qu'à un droit de créance à terme, n'aliène-t-il qu'un gain de survie par exemple, il ne se présente plus à titre successif et l'on échappe à la prohibition. La jurisprudence a fait maintes fois l'application de cette distinction (une femme cède à des tiers une rente viagère que son mari lui a promise si elle lui survit, ou l'usufruit du domaine de N...). C'est une question d'interprétation ; le fait que ce sont des biens actuels ou des biens à venir est déjà un élément important pour trouver la solution. En général, si la convention (renonciation le plus souvent) est purement abdicative, elle devient suspecte aux yeux de la loi, surtout si elle a pour objet des biens futurs ; si au contraire elle est translatrice, se réfère à des biens présents, il y a de grandes chances pour que ce ne soit pas une cession de droits successoraux. Car il faut remarquer qu'il peut bien être question de succession sans que le promettant se présente comme s'engageant à titre successif (avance d'une somme qui sera remboursée à l'ouverture d'une succession ; libération d'un débiteur au même moment, ou main-levée d'une hypothèque ; promesse d'exécuter un legs qui, en réalité, est une obligation naturelle ; transaction sur des difficultés successorales à craindre, etc.) (2) : ainsi un dona-

(1) C. 11 janv. 1853. D. 53. 1. 17. S. 53. 1. 65. 16 juill. 1849. S. 50. 1. 380. 22 fév. 1831. S. 31. 1. 107. C. 27 janv. 1904, précit.

(2) C. 12 juill. 1869. D. 71. 1. 59. 5 avril 1870. D. 71. 1. 94. — Amiens, 5 mai 43. S. 46. 2. 374 ; 19 déc. 1881. *Journ. Amiens*, 92, p. 13. — Angers 7 mars 1866. D. 66. 2. 93.

taire s'engage à rapporter le don en moins prenant, en échange de ce que le donateur le dispense du rapport en nature ; il ne fait que s'obliger sur le mode d'exercice du rapport, et non pas à titre successif ; c'est très légitime, puisque le rapport est fondé sur une volonté probable (1).

SECTION II

ÉTENDUE ET CONDITIONS DE LA PROHIBITION

EN CE QUI CONCERNE LE CARACTÈRE ÉVENTUEL DE L'ACTE PROHIBÉ

Ces conventions successorales, toutes les conventions successorales pour mieux dire, que la loi prohibe lorsqu'elles sont intervenues entre des personnes ayant la situation juridique prévue, notamment l'habilité future du promettant à succéder, ces conventions, dis-je, doivent, pour être repoussées, posséder un autre caractère : il faut qu'elles aient pour objet, non pas seulement une succession, mais une succession qui n'est pas encore ouverte, une succession future. C'est là peut-être pour ces conventions le défaut, ou le vice qui les rend le plus suspectes au législateur qui les prohibe ; il faut qu'elles se réfèrent à l'avenir pour qu'elles soient écartées. Il faut que le droit conféré par l'obligation contractée n'ait aucune fermeté, aucune qualité

(1) Riom, 9 déc. 1890. D. 92. 2. 237. 7 janv. 1891. D.92. 2. 241.

d'actualité : il faut que ce soit un droit futur, un droit éventuel, un droit indéterminé, qu'il s'agisse en un mot d'une succession qui n'est pas encore ouverte. Si le droit, objet du contrat, a déjà son existence bien établie, sa formation complète et actuelle, mais s'il n'est suspendu dans ses effets immédiats que relativement à son exercice, s'il ne s'agit que d'un droit à terme, comme nous l'avons vu ; on ne rentre plus dans l'hypothèse de l'acte prohibé ; il se peut aussi que le droit soit conditionnel, sans dépendre de l'ouverture d'une succession, mais d'un événement qui s'y rattache, et échappe ainsi à la prohibition. La loi a voulu écarter la convention qui transmet un droit indéterminé, vague dans son objet qui ne sera précisé que le jour de l'ouverture de la succession : le contrat passé en prévision d'une succession. Car, sans cela, quand la succession est ouverte, la cession de droits héréditaires est absolument licite (art. 1697, 1699). C'est ce caractère éventuel qui est le plus suspect à la loi : ainsi avant la loi de 1896, qui a fait des enfants naturels de véritables héritiers, même pour ceux qui les traitaient de simples créanciers, les conventions qu'ils faisaient sur les droits qu'ils attendaient de leurs parents naturels tombaient sous le coup de la prohibition (1).

L'acte prohibé est donc celui qui est fait en prévision d'une succession (une caution ne s'engage que sur

(1) Annecy, 24 déc. 1887. P. 88. 2. 59.

sa part éventuelle dans une succession future ; un débiteur se décharge de sa dette en la transportant sur la succession à venir) (1) ; il faut que l'acte ait un caractère éventuel, mais successoral : il est parfaitement licite s'il n'est suspendu que par l'attente d'une condition (2).

Rappelons aussi ce que nous avons déjà dit à propos du gain de survie : la convention qui est relative à un droit de créance à terme n'est pas un pacte sur succession future ; ici c'est un terme incertain, la mort d'une personne, c'est vrai ; mais la quotité et l'émolument du droit sont fixes dès à présent ; l'exigibilité est seule éventuelle. L'appréciation de l'acte décidera de son existence. Il en est de même si le contrat a pour effet de créer un droit de même nature, un droit de créance à terme (3) incertain. Enfin, tout pacte qui constitue un engagement ferme, ou produit un effet immédiat, reste en dehors de notre prohibition (4) : une personne peut, par exemple, fort bien aliéner tous ses biens présents et actuels (5), la fraude envers ses créanciers mise à part, bien entendu. Il sera quelquefois délicat de déter-

(1) Rennes, 2 déc. 1837. D. R. V. *Oblig.*, n° 440. — Paris, 22 mai 1894. *Gaz. trib.* 12 sept. 1895. C. 2 fév. 1874, précit. 13 mai 1884, précité.

(2) Le débiteur s'oblige s'il survit à telle personne ; s'il meurt sans héritiers, etc. — Chambéry, 13 déc. 1897. D. 1900. 2.240. — Amiens, 22 oct. 1895. *Journ. Amiens*, 95. p. 207.

(3) C. 15 janv. 1897. D. 97. 1. 582. 12 août 1846. D. 46. 1. 296. — Paris, 26 mars 1896. *Gaz. Pal.*, 97. 1.54.

(4) C. 17 mai 1852, précit.

(5) C. 4 juill. 1859. S. 59. 1. 758. 24 avril 1827. D. R. V. *Disp. ent. vifs*, n° 1342.

miner la véritable nature des biens ; c'est une question de fait.

La théorie générale de l'option dans le Code civil est une application particulière de ce principe que toute convention en prévision d'une succession future est prohibée. Le successible ne peut exercer son choix entre les trois partis qui lui sont offerts (acceptation, acceptation bénéficiaire, renonciation) tant que la succession n'est pas ouverte. Il n'y a pas d'héritier nécessaire dans notre droit, et d'autre part le successible ne peut prendre aucun engagement (art. 775), de renoncer, d'accepter avant la mort de son auteur, sa succession légale, testamentaire ou contractuelle (1). Il est vrai que le texte ne parle que des renonciations : c'est qu'il fallait exclure expressément les renonciations si fréquentes sous l'ancien droit ; mais le principe s'applique aussi bien à l'acceptation anticipée, qui d'ailleurs est plus rare en général ; d'ailleurs l'article 791 défend toute aliénation de droits successoraux et futurs, ce qui serait une acceptation tacite. Des auteurs, pour légitimer davantage cette théorie de l'option, ajoutent qu'elle serait nulle comme sans objet : c'est une réminiscence de la phrase mal interprétée au Digeste et émanant de Pomponius ; nous avons vu ce qu'il en fallait penser (2). Une succession future existe comme toute chose future ;

(1) Bien que le successible ait cru de bonne foi la succession ouverte.
— BAUD. et WAHL. *Succ.* I, § 1377.

(2) V. plus haut p.

mais ce serait inexact de nier son existence qui a simplement un caractère particulier. L'option est nulle, non pas en vertu de la force des choses, mais parce que la loi l'a voulu ainsi.

Il nous reste à examiner trois difficultés particulières que nous offrent souvent les complications de l'existence et de la pratique judiciaire.

I

LES PARTIES CROYAIENT LA SUCCESSION OUVERTE

Il est très possible que les parties en contractant aient cru légitimement que la succession était ouverte ; cette erreur peut être le résultat de faux renseignements, et il semble équitable que dans ce cas la bonne foi des parties doive sauver l'acte de la nullité. Troplong (1), en examinant à ce sujet les textes de Pomponius et de Paul, dont on vient de parler à propos de l'option prétend, que c'est là l'hypothèse visée par les jurisconsultes romains ; il en déduit que la convention est nulle : c'est comme si l'on avait contracté sur une chose qui n'existe pas. Larombière (2) aboutit au même résultat en considérant la convention comme nulle faute d'objet : à ce dernier point de vue c'est, pour lui, la

(1) TROPLONG. *Vente* n° 245.

(2) LAROMBIÈRE. *Oblig.*, t. I, a. 1130, n° 27 et s.

même chose de vendre comme ouverte la succession d'une personne encore vivante ou la succession d'une personne qui n'a jamais existé ! Nous nous sommes déjà expliqués sur cet argument et nous n'y reviendrons pas.

On peut envisager la succession de quelqu'un comme chose présente ou comme chose future ; ici les parties se sont trompées sur la qualité de l'objet ; elles l'ont cru actuel, il n'était qu'à venir ; il y a erreur si l'on veut, mais il y a bien un objet. Et si les circonstances de fait ne permettent pas de conserver à la convention une efficacité provisoire jusqu'au décès, il dépend de l'intention manifestée par les parties de savoir si le caractère actuel de la chose objet du contrat est une qualité substantielle ou non ; le maintien pour l'avenir de semblable convention serait le prix de la bonne foi ; dans le cas contraire il n'y aurait d'autre raison pour annuler le contrat que l'erreur sur une qualité substantielle (1). Ou bien si l'on rejette cette manière de voir on pourrait encore annuler la convention comme ayant un objet illicite, contraire à l'ordre public, aux bonnes mœurs. Mais il me semble difficile d'admettre que le contrat soit nul faute d'objet ; on ne peut nier qu'il a un objet, faussé dans les qualités

(1) Cela ressemble à la vente de titres amortis. Paris, 19 juill. 1890. D. 92. 2. 257. La vente d'une nue-propriété quand le vendeur ne savait pas que l'usufruitier était mort. Ces cas ressemblent bien au nôtre et la jurisprudence y voit une erreur sur la substance de l'objet. PLANIOL, t. 2. 1049 et s. 1053.

que les parties intervenues lui supposent, mais objet quand même. Peut-être y aurait-il erreur sur la nature de la convention ? c'est assez délicat à préciser.

Il est inutile d'ajouter que le fait par le de cujus de donner son consentement à la convention de ceux qui le croyaient mort, ne saurait valider le contrat : l'article 1130 exclut d'une manière expresse ce remède à la nullité (1).

Il peut se faire, à l'inverse, que les parties aient cru encore vivante, bien qu'elle fût déjà morte, la personne sur la succession de laquelle elles contractaient ; on rentre bien dans les termes de la prohibition. Cependant va-t-on, comme on l'a prétendu faire, punir l'intention des parties qui se sont révoltées contre la loi ; non, il faut voir la réalité des choses ; il n'y a plus de raison pour annuler leur acte, car tous les motifs qui ont suscité la sévérité du législa'eur ont complètement disparu (2) ce n'est, après tout, qu'un traité sur les biens successoraux et qui font partie d'une hérédité ouverte.

PACTE SUR SUCCESSION OUVERTE ET SUR SUCCESSION NON OUVERTE

Il arrive souvent qu'une convention a pour objet à la fois une succession ouverte et une succession qui ne

(1) LAROMBIÈRE, *op. cit.*, n° 29.

(2) Ici, comme il s'agit d'une erreur des parties, on peut user de cet argument dont la souplesse serait parfois dangereuse si on l'employait d'une manière générale.

l'est pas ; il y a un seul acte, mais il a pour but de créer un droit en même temps sur des biens présents et futurs ; les parties ont pour objet, dans leur convention, l'universalité, la quote part ou une chose quelconque d'une succession future et en même temps d'une succession déjà ouverte. Une question se pose immédiatement à l'esprit : la convention sera-t-elle déclarée entièrement nulle ou totalement valable ? La nullité d'une partie va-t-elle entraîner celle de l'acte tout entier ?

La question a été vivement débattue et les avis des auteurs sont encore partagés.

Pour déblayer le terrain, écartons d'abord un cas où la solution ne saurait faire aucun doute et sur laquelle tout le monde est d'accord : bien que réunies dans un seul et même acte, si deux conventions se séparent nettement l'une de l'autre, si, par exemple, il y a deux prix distincts (1), on ne craindra pas de rompre l'équilibre du contrat en annulant l'une et validant l'autre ; ce n'est qu'une sorte d'amputation qui ne lèse aucune partie.

Mais la question devient plus difficile quand il n'y a qu'un seul prix, et que les conventions forment un seul bloc où l'on ne voit pas trop comment, à première vue, distinguer ce qui concerne la succession ouverte ou la succession future. (Un enfant renonce à la succession

(1) C. 24 avril 1827. D. 27. 1. 213.

de son père décédé et à celle de sa mère encore vivante pour la somme de tant) (1), comment répartir le prix sur chaque succession? Il est vrai que le débiteur du prix a un moyen d'éviter la nullité : offrir de payer le prix intégral pourvu que l'on conserve son efficacité à la convention par rapport à la succession ouverte ; c'est tout bénéfice pour le promettant. Tout le monde admet (2) cette fin de non-recevoir ; mais elle sera plutôt rare, et en dehors de ce cas, il faut résoudre le problème.

Un premier système (3) décide que la convention forme un tout indivisible, par suite entièrement nul. Toute imputation du prix serait arbitraire ; on ignore la volonté des parties. J'ajoute ceci : elles ont fixé un prix à forfait, sans quoi elles se seraient expliquées. C'est indivisible.

Un second système laisse simplement aux juges le soin de décider, selon les circonstances et la volonté des parties, si la convention doit être considérée comme un tout indivisible (4), question de fait échappant au contrôle de la Cour de cassation, bien qu'elle se reconnaisse le droit de censurer la décision du juge du fond qui a violé la loi du contrat en substituant une inter-

(1) Toulouse, 27 août 1833. S. 34. 2. 596.

2) Seule la Cour d'Orléans, avait décidé le contraire : 24 mai 1849. S. 49. 2. 600. D. 49. 2. 165. Son avis est resté isolé.

(3) AUB. et RAU. IV, § 344, p. 318. C. 14 nov. 1843. S. 44. 1. 229. 14 mai 1855. S. 55. 1. 800.

(4) C. 8 nov. 1842. D. R. V. *Oblig.*, n° 2866.

prétation de volonté aux termes clairs et positifs du contrat (1).

En réalité, il n'y a là aucune indivisibilité ; aucun texte légal ne la crée. On a pris une grande difficulté pour une impossibilité. Il sera toujours possible de faire une ventilation et, à une légère erreur près, ce résultat vaut encore mieux que d'annuler la convention tout entière (2) ; on répond davantage à l'intention des parties, dont il faut voir la volonté et non la manière dont elles l'expriment.

CONVENTION SUR LES BIENS D'UN ABSENT

L'absence, telle que l'a organisée le Code civil, comporte trois périodes successives : la présomption, la déclaration d'absence et l'envoi en possession définitif (3). Les héritiers de l'absent peuvent-ils traiter des droits qu'ils ont sur ces biens, les aliéner, les engager, etc. ; y a-t-il de leur part pacte sur succession future ?

L'hypothèse est la suivante : on a fait une convention sur la succession d'un absent présumé ou d'un absent déclaré. Est-elle valable ? oui, dira-t-on, ce que la loi prohibe c'est la convention sur la succession d'une personne vivante ; on a voulu éviter le *votum martis*,

(1) D. S. V. *Cassat.*, n° 340. s.

(2) C. 9 mai 1894. P. 95. 1. 91. LAURENT, t. XVI, n° 86.

(3) A. 112. 113. 114.

les dangers que pourrait courir le de cujus et l'on invoque bien d'autres raisons ; mais ici tous ces motifs disparaissent ; il est bien probable que l'absent est mort et par suite sa succession est ouverte. Rien ne prouve, peut-on aussitôt répondre, qu'il n'est pas vivant ; il y a tout autant de chances pour qu'il soit encore en vie. Ce qui soulève la question c'est l'incertitude sur la vie ou la mort de l'absent, partant la difficulté de savoir si sa succession est ouverte ou n'est pas ouverte ; on se trouve en présence d'une convention dont justement la validité dépend de cette alternative. Si on l'annule on s'écriera aussitôt que l'absent est peut-être bien mort et que les contractants avaient tout le droit de passer ce contrat ; et le raisonnement se retourne tout aussi facilement qu'il se formule dans cette première solution. Il s'agit d'une alternative : de quel côté faut-il pencher la balance ; la question est embarrassante ; elle est la même que celle de la prescription émise par l'article 789 pour le droit d'option : ce droit se prescrit par trente ans ; mais quelle faculté se prescrit : est-ce la faculté d'accepter ou celle de renoncer. Il s'agit ici d'une incertitude semblable à laquelle il faut une réponse catégorique : l'absent est-il mort ou vivant ? Il n'y a pas de milieu ; la convention ne peut être valable à demi.

D'après un premier système (1) durant la présomption

(1) PROUDHON. I, p. 277.

d'absence, la vie, la mort sont également incertaines ; après la déclaration, il y a lieu de réputer l'absent mort plutôt que vivant (art. 123, 124, 134) ; ou bien (1), on le présume vivant pendant la présomption d'absence, ni mort ni vivant après la déclaration ; les envoyés provisoires ne sont que des dépositaires

Le second système (2) ne présume rien ; l'incertitude sur la vie ou la mort subsiste toujours pendant les deux périodes. Quant à la convention, elle est nulle sauf à être validée si on prouve plus tard la mort de l'absent à ce moment, ou à l'inverse ; cela dépend de la partie qui l'invoque. Laurent (3) trouve cette incertitude suffisante pour toujours annuler la convention. Larombière (4) partage le même avis parce que, contrairement à la loi on permettrait aux dépositaires qu'elle désigne de se substituer des cessionnaires. Aubry et Rau (5) proposent de reconnaître provisoirement ces conventions sauf à les annuler si le retour du disparu vient à se produire, et cela tant dans les rapports respectifs des héritiers présomptifs qu'avec les tiers, surtout et sans aucun doute après la déclaration.

Dans ce second système, on veut inconsciemment, alors que dans le premier c'était intentionnel, faire cesser l'incertitude par l'adoption d'une présomption : ad-

(1) MARCADÉ. I, p. 257. 313.

(2) DEMOLOMBE. II, n. 71.

(3) T. XVI, n° 97.

(4) A. 1130, n° 23.

(5) IV, § 344, n° 15.

mettre la nullité sous condition suspensive, c'est tendre à la présomption d'existence ; reconnaître la validité sous condition résolutoire, c'est croire à la présomption de mort. Fatalement, quelle que soit la solution donnée, on prend toujours parti dans l'alternative ; c'est un cercle vicieux d'où il semble que l'on ne puisse arriver à sortir (1).

Tout ceci repose sur une erreur (2) qui consiste à vouloir tirer des textes légaux une présomption qui n'a jamais été dans l'esprit des législateurs. Ce qu'ils ont voulu, c'est protéger les intérêts d'un homme disparu, mais en même temps lui conserver autant que possible tous ses droits, puisqu'enfin il peut revenir à tout instant. Et alors dans les mesures que l'on prenait à cet égard, on a suivi une gradation d'efficacité : on a pensé que l'on pouvait ainsi, pour répondre à la nécessité des choses, suivre une marche ascendante dans les droits

(1) D'ailleurs les auteurs cités sont en contradiction avec eux-mêmes. Que l'on oppose aux solutions que nous venons de rapporter leur théorie générale de l'absence, où ils repoussent toute présomption. DEMOLOMBE, II, n° 11. *Jamais l'incertitude légale ne cesse complètement.* — ZACHARIÆ, AUBRY et RAU. I, § 148, *à aucune époque de l'absence la loi ne considère d'une manière absolue l'absent ni comme vivant, ni comme mort.*

(2) PLANIOL. I, n° 679, 2^e édit. III, n° 2463. — C'est encore la preuve d'un défaut capital de notre méthode juridique traditionnelle. On veut toujours tirer de la loi une conception générale ; on fait une abstraction logique, qui est toute subjective, puis on la dote d'une réalité objective et l'on veut en tirer des conséquences qui ne tardent pas à se heurter aux nécessités de la vie. Pourquoi prêter à la loi une présomption selon les phases de l'absence ? Pourquoi ne pas s'en tenir à la réalité des choses, à leur nature objective ? On est dans une période d'incertitude ; il n'y a rien d'autre à chercher. V. en ce sens pour l'idée générale sur le défaut de méthode, M. GENY, *op. cit.*, II^e part., ch. 2, p. 111.

que l'on conférerait aux héritiers ; évidemment, au début, il y a plus de probabilités pour que l'absent soit vivant et à la fin pour qu'il soit mort. Mais quant à vouloir tirer de là une présomption qui change au cours de la période d'incertitude : c'est une grave erreur. A quel instant fixer cette transformation ; la mort est un fait brusque, instantané ; en un trait de temps le titulaire du patrimoine disparaît. L'impossibilité de préciser le moment où l'on passe de la présomption de vie à celle de mort ne fait donc que substituer une nouvelle incertitude à la première ; c'est bien la preuve, et même c'est un argument tiré de la force des choses, que cette présomption progressive prêtée au législateur n'a pas sa raison d'être. Cette manière de voir résulte d'ailleurs très nettement des travaux préparatoires : « l'absent n'est ni mort, ni vivant aux yeux de la loi... un principe plus naturel et plus simple, c'est de regarder la vie et la mort de l'absent comme également incertaines... cependant il est nécessaire de régler le sort des biens qui sont là (1). »

Par conséquent, la validité de cette convention ne saurait être tranchée tant qu'on ne saura pas la vérité ; si une personne veut invoquer la cession pour la faire exécuter, qu'elle prouve la mort de l'absent et vice-versa. A celui qui invoque un avantage subordonné à la vie ou à la mort, à prouver le fait auquel son droit est

(1) TRONCHET. Cons. d'Et.—LOCRÉ. IV, p. 41 et PORTALIS, p. 73.—EMMERY, p. 66, p. 98. 99.

soumis ; tant qu'il n'y est pas parvenu il est non recevable à exciper de son droit. Cette solution a été déjà donnée au cours des travaux préparatoires par Portalis : « on est obligé de prouver la vie ou la mort de l'absent suivant que l'action que l'on exerce est fondée sur l'hypothèse de l'existence ou de la non-existence de cette personne (1) ». C'est conforme à l'article 135, à l'idée générale qui domine toute la théorie de l'absence : l'incertitude ; la jurisprudence s'est rangée à cette manière de voir, non sans avoir passé, il est vrai, par quatre phases successives (2).

Néanmoins, ce système laisse subsister une incertitude fâcheuse, au point de vue économique, pour les héritiers et les ayants droit. Pour cette raison probablement, M. Garsonnet (3) a repris la solution déjà en germe dans la théorie de Demolombe, indiquée par Aubry et Rau, en vue de lui donner une formule plus nette (il accommode pour ainsi dire la théorie jurisprudentielle aux besoins de la vie courante) : si la convention a été faite durant la présomption d'absence, on ne peut l'opposer aux tiers tant que la mort n'est pas prouvée, mais entre les contractants elle est valable jusqu'à ce que l'on ait prouvé l'existence. Au contraire, après la déclaration, elle est valable entre les héritiers, oppo-

(1) PORTALIS, LOCRÉ. IV, p. 41. 73. 98. 99.

(2) Que l'on trouvera dans la note Garsonnet sous C. 14 août 1871. D. 71 .1. 193.

(3) *Op. cit.*

sable aux tiers, tant que l'on n'a pas établi que l'absent n'est pas mort. On sauvegarde les intérêts de l'absent et d'ailleurs les motifs de la prohibition ont disparu.

Mais on se heurte toujours à l'objection que nous avons déjà présentée aux deux premiers systèmes : de quel droit brusquement changer de régime quand on passe de la première à la seconde période de l'absence. La question posée ne souffre aucune solution partielle : la cession est valable ou non ; on ne peut sortir de cette alternative. Bref, notre solution, qui certainement ne satisfait pas aux besoins de la pratique, est seule conforme aux principes de l'absence ; si elle est défectueuse il ne faut s'en prendre qu'à notre prohibition, règle fâcheuse dont on touche ici du doigt les résultats regrettables.

Et nous donnerons la même solution pour le cas où la convention sur les biens d'un absent a été faite pendant l'envoi en possession définitif.

L'étendue des droits que la loi confère aux envoyés est telle que le législateur semble présumer la mort de l'absent (1).

L'argument est toujours le même : de quel droit passer brusquement d'une présomption de vie, ou plutôt

(1) En effet, plusieurs auteurs et des plus autorisés se servent de l'importance de ces droits (droit de partager ; maintien des aliénations même si l'absent revient) pour dire que la loi présume la mort, et par suite valider les conventions sur les biens d'un absent. LAROMBIÈRE, *op cit.* — GARSONNET, *op. cit.* — DEMOLOMBE, *op cit.* et II, n° 130. D. R. V. *Absence*, n° 469.

ici d'une incertitude à une présomption de mort ; c'est arbitraire ; évidemment il y a des probabilités pour que ce soit vrai (1) ; mais nous ne pouvons admettre aucune approximation ; il faut une réponse catégorique : la convention est valable ou non.

SECTION III

ÉTENDUE DE LA PROHIBITION EN CE QUI CONCERNE LE CARACTÈRE SUCCESSORAL DE L'ACTE PROHIBÉ

Nous savons déjà par avance que le troisième caractère qui doit affecter l'acte prohibé par les articles 794, 1130, c'est d'être successoral. Ce que les parties veulent dans la convention prohibée, c'est transformer la situation présente en un rapport nouveau au point de vue de la transmission d'une succession : quand le titulaire du patrimoine vient à disparaître, il faut lui désigner un remplaçant : c'est ce que l'on appelle, dans un sens général, régler sa succession. Cette transmission peut avoir lieu en vertu de la volonté ou de la loi ;

(1) « L'envoi définitif crée une situation qui aura une durée indéfinie et que la force seule du temps transformera en une situation vraiment définitive : il ne restera de tout cela qu'un incident qui aura momentanément porté le trouble dans une situation. » — BEUDANT. *Cours de droit civ. fr. Etat des personnes*, I, § 195, p. 289. — Cf. DEMOLOMBE, t. II, n° 11. — LAURENT, II, n° 122. — PLANIOL, I, n° 679, 2^e édit. En ce sens les trav. préparat. cités plus haut. Même solution pour la théorie qui présume la mort de l'absent, cent ans après sa naissance.

il faut que la convention ait pour objet d'affecter l'état de choses actuel relativement à cette transmission, qui, nous le savons, doit être encore à venir, pour que la prohibition s'applique; ce droit éventuel, objet du contrat, doit être un droit de succession. Il ne s'agit donc pas de proscrire toute convention impliquant un calcul sur les chances de décès d'une personne : par exemple la rente viagère, la constitution à titre onéreux d'usufruit.

Remarquons tout d'abord que l'on peut succéder à quelqu'un à titre universel ou à titre particulier, soit que l'on obtienne la succession tout entière, ou une quote part de celle-ci, soit que l'on reçoive une chose déterminée de la succession; dans les deux cas, le contrat qui affecte la transmission successorale tombe sous le coup de la prohibition (1); le contraire aurait ouvert la porte à toutes les fraudes, si l'on avait permis de faire en détail ce qu'il était interdit d'effectuer en bloc. Ces principes ne souffrent aucune difficulté, d'ailleurs les textes du Code civil sont absolument généraux (2).

La condition suffisante est donc qu'il s'agisse d'un

(1) DEMOLOMBE. XXIV, n° 324. — TROPLONG. *Vente*, I, n° 246. — LAURENT. XVI, n° 85. — LAROMBIÈRE. a. 1130¹ n° 13. — AUBRY et RAU. IV, p. 317, § 344. — BAUD. et BARD. *Oblig. op. cit.* — SIVILLE. IV, n° 586. — Le Mans, 7 mars 1866. D. 66. 2. 93, des héritiers partagent entre eux une somme que leur auteur encore vivant a donné à l'un d'eux.

(2) C. 11 nov. 1845. S. 45. 1. 785. D. 46. 1. 25 (arrêt de principe). — Rennes, 2 déc. 1837. D. 39. 2. 13. — Amiens, 26 déc. 1839. D. 41. 2. 114.

droit de succession ; ainsi même un contrat qui affecterait les droits successoraux de l'enfant adoptif serait un pacte sur succession future (1) ; la succession provient bien un peu du contrat d'adoption, bien que ce soit surtout un effet légal que la loi y ajoute et qu'elle réglemente. Mais c'est la condition nécessaire : une reconnaissance d'enfant naturel qui serait jointe au pacte successoral échapperait à la prohibition (2) ; la promesse que l'on fait d'une somme d'argent à un généalogiste s'il découvre l'existence de droits successoraux, même futurs, n'est pas non plus une convention prohibée (3).

On se souvient qu'en droit romain la prohibition ne s'appliquait pas quand il s'agissait de succession indéterminée (4). La convention qui porte sur des successions en général est-elle valable chez nous ? Tout le monde s'accorde à repousser l'affirmative (5). Cette distinction n'existe pas dans les textes ; l'article 1837 ne permet l'apport social d'une succession future que pour la jouissance ; il se sépare de la solution romaine sur la *societas omnium bonorum* ; enfin rien dans les travaux préparatoires n'autorise cette exception. Des

(1) AUB. et RAU, § 560, VI, p. 138, n° 15.

(2) C. 9 mai 1855. D. 55. 1. 228.

(3) Paris, 12 mars 1894. D. 94. 2. 484.— Bordeaux, 18 juill. 1898. D. 99. 2. 95.— Châteaudun, 23 janv. 1903. *Gaz. trib.*, 21 mars 1903. Rec. 2. 306.

(4) V. plus haut, p.

(5) LAROMBIÈRE, *op. cit.*, a. 1130, n° 7, p. 254.— BAUD. et BARD. *Oblig.* I, n° 260.

auteurs ajoutent que les motifs de la prohibition se retrouvent tout aussi bien dans ce cas, même si la succession est indéterminée ; mais il n'en faudrait pas conclure, comme on a prétendu le faire, que si le Code civil n'a pas reproduit cette exception du droit romain, c'est qu'il n'avait pas les mêmes motifs et qu'il voulait seulement éviter la lésion de l'héritier présomptif. On sait que ce n'était pas le seul motif des législateurs en 1804.

La transmission successorale ne peut être atteinte par une convention quelle qu'elle soit : vente de droits éventuels dans une succession (art. 1600), bail (1) ou droit de jouissance conféré, hypothèque d'immeubles successoraux, transaction sur pacte successoral (2), le cautionnement d'une convention successorale ou une autre garantie (ou encore clause pénale) (3).

D'autre part la convention ne peut modifier un effet quelconque résultant de la transmission du patrimoine à cause de mort : par exemple les règles du rapport (4) en ce qu'elles concernent la succession proprement dite (ainsi renoncer au caractère préciputaire d'une donation) ; de même les règles de la réserve qui sont lois d'ordre public et que les conventions privées doivent les

(1) Amiens, 26 déc. 1839. D. R. V. *Oblig.*, n° 440. Ou encore mise en société pour la pleine propriété.

(2) Angers, 7 mars 1866. D. 66. 2. 94.

(3) BAUD. et WAHL. *Succ.* I, a. 2399.

(4) Montpellier, 2 fév. 1869. D. 74. 5. 468 et Chambéry, 23 juin 1882. *Gaz. Pal.*, 1883. 1. 475.

respecter (art. 6). A propos de la réserve une hypothèse curieuse peut se présenter : on sait que les ascendants légitimes ont une réserve (art. 914), mais s'il y a d'autres héritiers qu'eux, par exemple des frères et sœurs, ils ne peuvent l'exercer puisqu'ils sont primés par les ascendants autres que les père et mère ; si cependant les frères et sœurs renoncent tous, la jurisprudence, après n'avoir admis pour ces ascendants qu'un simple droit héréditaire, finit par leur permettre d'invoquer aussi la réserve (1) ; dans ce cas on perçoit la possibilité d'une entente, si, par exemple, il y a lieu de réduire un légataire universel ; au cas où les frères et sœurs acceptent ils n'ont rien, n'ayant aucune réserve ; si, au contraire, ils renoncent, les ascendants exercent leur réserve et réduisent le légataire universel : les frères et sœurs renonceront à condition que les ascendants leur paient leur renonciation. Ce sera souvent difficile à découvrir : en tous cas, dans cette hypothèse, il s'agit d'un pacte sur succession future, si l'acte est antérieur à l'ouverture de la succession ; s'il est postérieur, il est nul encore, comme dérogeant à l'article 6. Le légataire universel pourrait aussi, à charge de l'établir, invoquer l'acceptation tacite qui résulterait soit de la vente de leurs droits par les frères et sœurs, soit de leur renonciation à prix d'argent (art. 780, al. 1 et 3) ou même à titre gratuit (al. 2).

(1) C. 3 fév. 1897. D. 97. 1. 601. S. 97. 1. 137.

Tel est le troisième caractère : l'acte prohibé doit avoir un caractère successoral. Il nous reste à examiner l'influence de ce caractère sur la transmission héréditaire qui résulte d'un testament ou d'un contrat après avoir vu son effet sur la succession par excellence, c'est-à-dire sur la succession légale. Nous envisagerons d'abord la succession testamentaire et ensuite la succession contractuelle dans la mesure où elle est admise exceptionnellement par le Code civil.

I

LA SUCCESSION TESTAMENTAIRE

Notre prohibition s'applique tout aussi bien à la succession testamentaire qu'à la succession légale : l'article 1130 est général ; notre droit ne fait plus, ou à peu de chose près, la différence que maintenait l'ancien droit entre l'héritier de la coutume et celui du testament ; car le droit écrit a exercé à ce sujet son influence sur le Code civil qui est la synthèse définitive de ces deux tendances évoluant sans cesse vers l'unité.

Toute convention entre le testateur et son légataire est nulle (1), pourvu qu'elle révèle réellement entre eux

(1) Par acte séparé ou au bas du testament. C. 25 janv. 1853. D. 53. 1. 43.

un lien contractuel (1). Le légataire ne peut engager à l'avance son libre droit d'option.

Tout arrangement entre légataires ou avec des tiers, avant la mort du testateur, serait également illicite (des enfants s'engagent à ne pas exécuter le testament paternel) (2).

La succession testamentaire peut présenter deux cas particuliers :

§ 1^{er}. — La condition, jointe à une libéralité, d'accepter ou de répudier une succession non ouverte, est-elle un pacte sur succession future ?

§ 2. — La cession de leurs droits par des substitués avant l'ouverture de la substitution est-elle un pacte sur succession future ?

§ 1^{er}. — Libéralité sous condition.

Une libéralité, par acte entre vifs ou par testament, peut être affectée d'une modalité : le disposant met une condition à sa générosité. La modalité peut être une charge ou une condition proprement dite. La charge est une obligation imposée au bénéficiaire et elle diminue d'autant pour lui la gratification ; la condition affecte l'existence de la libéralité qu'elle suspend jusqu'à la réalisation de l'événement. Nous nous occupons d'abord de la charge qui affecte un legs (3).

(1) Non pas un simple engagement d'honneur. Paris, 23 nov. 1876. D. 77. 2. 111.

(2) C. 13 mai 1884. S. 84. 1. 336. D. 84. 1. 468.

(3) S'il s'agit d'une donation entre vifs il n'y a rien de successoral.

La charge qui est au profit du légataire ou d'un tiers ne présente rien d'illicite; mais il n'en est plus de même si elle doit s'exécuter au profit du testateur et durant sa vie : « je vous fais mon légataire universel si vous m'entretenez jusqu'à ma mort ». Si le légataire accepte expressément la charge et s'engage à l'exécuter dès le jour de l'acte (1), c'est un pacte sur succession future ; sinon, et si, en jetant un coup d'œil rétrospectif au moment de la mort du testateur, on s'aperçoit que le légataire a en réalité accompli la condition, la charge reste licite ; le bénéficiaire l'a exécutée, mais sans le savoir (2). Au fond, quand on l'annule, on transforme la charge en une condition (3).

La charge ajoutée à un legs testamentaire ne constitue un pacte sur succession future que si elle a été connue par avance et acceptée immédiatement du bénéficiaire. Tandis que la condition qui affecte une libéralité quelconque peut être un pacte prohibé par son essence même.

Nous sommes ainsi amenés à nous demander maintenant quelle sera la conséquence du fait par un testateur ou donateur d'avoir ajouté à sa libéralité une charge ou une condition qui affectent la transmission successorale. On vient de voir que la charge en elle-même pouvait transformer la convention en pacte sur succession

(1) C. 25 janv. 1853. S. 53. 1. 172. D. 53. 1. 43.

(2) Paris, 23 nov. 1876. D. 77. 2. 111.

(3) C. 22 mars 1882. D. 83. 1. 76. S. 5. 85. 1. 59.

future si le grevé l'acceptait tacitement ou expressément. La condition ne peut d'elle-même produire cet effet : car elle affecte l'existence même du droit conféré, et s'il y a une acceptation elle se réfère à la libéralité toute entière. La condition mise à une libéralité ne nous intéresse que si elle a des conséquences au point de vue d'une transmission successorale quelconque : la condition d'accepter une succession, d'y renoncer, de prendre un parti relativement à des droits héréditaires et futurs. La charge peut, elle aussi, en dehors du rôle que nous l'avons vu jouer tout à l'heure, présenter le même caractère et alors dans ce cas, peu importe son acceptation par le grevé. Ici, comme il s'agit d'une charge ou d'une condition qui, dans leur spécialité, affectent des droits éventuels ou héréditaires, la question sera la même pour une donation entre vifs ou une donation testamentaire, et quelle que soit la personne qui doit bénéficier de la condition ou de la charge ; il s'agira de savoir si l'ensemble de la convention ainsi combinée ne constituera pas un pacte sur succession future.

La pratique jurisprudentielle offre de nombreux exemples de libéralités sous la condition de renoncer à une succession future, ou même de l'accepter par avance (un aïeul dote sa petite-fille à condition qu'elle renonce à la succession de ses père et mère) (1). Une libéralité

(1) Grenoble, 7 janv. 1873. D. 73. 2. 108. — V. aussi C. 8 avril 1889. S. 89. 1. 212. — 25 nov. 1857. S. 58. 1. 209, etc.

sous pareille condition constitue un pacte prohibé ; elle est nulle : toute condition illicite rend nulle la convention qui en dépend (art. 1172), du moins quand il s'agit d'un acte à titre onéreux (1). Mais pour les actes à titre gratuit il y a l'article 900 qui répute la condition illicite non écrite et conserve la libéralité. Cette règle illogique a une raison historique : le droit révolutionnaire, ennemi des renonciations, ne voulait pas que le bénéficiaire, recevant en réalité la libéralité, se crût obligé d'exécuter la condition. Mais depuis, cette crainte est devenue chimérique, et il reste un principe suranné, qui heurte les exigences de la pratique, mutile la volonté des parties. Nous l'avons déjà vu pour l'époux quiteste en faveur de son conjoint, à condition que celui-ci rende après sa mort la succession aux héritiers du sang. Aussi a-t-on cherché par tous les moyens à empêcher le bénéficiaire de se jouer ainsi de la volonté du donateur.

On présentait d'abord une première distinction : si le bénéficiaire s'engage à renoncer immédiatement, la condition est nulle ; mais s'il s'agit de renoncer plus tard, à l'ouverture de la succession la condition est valable. Présentée ainsi, cette opinion (2) heurte ouvertement l'article 1130 et l'article 791 qui sont absolus.

Une autre idée très simple est venue à l'esprit de

(1) C. 14 mai 1855. D. 55. 1. 237.

(2) DE TOULLIER.

plusieurs auteurs (1) et a inspiré quelques temps la jurisprudence (2) : si la charge ou la condition diminue à un tel point la libéralité, qu'elle lui fasse perdre complètement son caractère d'acte à titre gratuit, elle en fait un acte à titre onéreux qui ne relève plus de l'article 900, mais de l'article 1172. Mais cette distinction exigeait beaucoup de délicatesse.

Cette recherche scrupuleuse et nécessaire de la force inhérente à la condition elle-même fut un trait de lumière (3) qui éclaira bientôt toute la jurisprudence ; si la condition ou la charge était la cause impulsive et déterminante de la libéralité, si le disposant n'avait fait sa donation ou son legs que pour forcer indirectement le donataire ou le légataire à accepter ou répudier telle succession, on se trouvait bien en présence d'une cause illicite. Or, ici, ce n'est plus l'article 900 qui s'applique,

(1) DEMOLOMBE, XVIII, n° 277. — LAURENT, XI, n° 455. — Cf. C. 7 déc. 885. D. 87. 1. 324. — Paris, 12 nov. 1858. D. 59. 2. 131. S. 58. 2. 307.

(2) Orléans, 20 mars 1852, précit. — Paris précit. — C. 14 mai 1855, précit.

(3) L'idée est en germe dans l'arrêt d'Orléans précité et contrairement à ce que pense M. Planiol (III, n° 3035) l'explication de cette seconde phase de la jurisprudence résulte clairement de l'arrêt de Cassation, 8 avril 1889. D. 90. 1. 205. S. 89. 1. 212. « Attendu qu'il est de principe que les dispositions entre vifs (ou testamentaires) sous l'une des conditions prévues par l'article 900, même dans le cas où elles ne se présenteraient pas sous la forme de contrats à titre onéreux frappés de nullité par l'article 1172, tombent sous l'application des articles 1131 et 1133, si elles n'ont pas pour cause déterminante une intention de libéralité. » Ainsi, la condition n'est-elle qu'une clause accessoire : l'acte reste gratuit et soumis à l'article 900 ; la condition est-elle impulsive et déterminante l'acte devient onéreux et soumis à l'article 1172 ; ou plutôt, la jurisprudence, n'ayant pas encore tout de suite dégagé son raisonnement, a préféré s'appuyer sur l'article 1131. — On retrouve encore la transformation que nous signalons dans Paris, 27 nov. 1877. D. 78. 2. 138.

c'est l'article 1131 ; il s'agit d'une obligation ayant une cause illicite et par suite sans effets. L'acte tout entier est nul (1), la libéralité considérée comme non avenue. Si, au contraire, la condition n'est pas la cause impulsive et déterminante de l'acte libéral, on applique l'article 900 : elle est simplement réputée non écrite. Ainsi on fait à une future épouse une donation à condition qu'elle ne prendra aucune part dans la succession de ses père et mère et les circonstances de fait prouvent que cette abstention était l'objectif principal du donateur (2) ; la cause est illicite et par suite la donation se trouve nulle en même temps que la condition. Il y aura une question de fait à examiner pour les juges : quelle est la nature de la condition, est-elle cause impulsive et déterminante ou n'est-ce qu'une clause accessoire ? De là dépendra l'application de l'article 900 ou de l'article 1131 (3).

Ces systèmes s'appliquent à toutes les conditions illicites tombant sous le coup de l'article 900 ; mais au sujet de la condition particulière de renoncer à une succession future, la jurisprudence (4) et des auteurs ont repris la toute première distinction que nous avons

(1) Arrêt de principe. C. 3 juin 1863. D. 63. 1. 429. S. 64. 1. 269. C. 20 nov. 1878. D. 79. 1. 305. — C. 28 juin 1887. D. 88. 1. 435.

(2) C. 8 avril 1889, précit. — Paris, 27 nov. 1877. D. 78. 2. 188, précit. — C. 29 nov. 1892. D. 93. 1. 67. S. 93. 1. 32.

(3) Le système de Demolombe qui tient compte de la volonté présumée du disposant est très voisin de celui-ci. *Donat.*, I, n° 205.

(4) C. 25 nov. 1857. D. 57. 1. 425. S. 58. 1. 207. — Toulouse, 20 nov. 1890. D. 91. 2. 67. LAROMBIÈRE, article 1130, n° 14 à 18. — AUB. et RAU. VII, § 692, n° 19. 20. pour le legs, pas pour la donation.

signalée et l'ont complétée par un élément nouveau : si la condition imposée au bénéficiaire lui laisse un droit d'option entre l'acceptation de la libéralité et la perte de la succession, ou le refus de la première et l'acquisition de la seconde, elle est très licite. Le droit qu'on lui confère est parfaitement légitime, autant que celui de l'héritier gratifié et soumis au rapport qui doit renoncer s'il veut échapper au rapport de sa libéralité. La condition ne sera donc illicite qu'au cas où elle ne laisserait pas au bénéficiaire ce libre droit d'option, et, d'ailleurs, dans ce cas, les motifs de la prohibition ont disparu. L'acte gratuit donne un droit à une personne tout en lui enlevant un autre droit que la loi lui confère et qui par sa nature est susceptible de renonciation (1).

Tels sont les différents systèmes proposés en laissant de côté l'opinion qui applique l'article 900 d'une manière absolue. (C. 11 déc. 1867. D. 67. 1. 472.)

La distinction entre l'acte onéreux et l'acte gratuit était délicate ; la théorie de la cause impulsive et déterminante, tout en se rapprochant davantage de la réalité, confond la cause avec le motif ; d'ailleurs qu'est-ce au juste que la cause (2), à propos d'acte gratuit plus que pour tout autre ? Il est bien difficile de le savoir, si on laisse de côté l'intention bienfaisante du donateur. Si la jurisprudence avait suivi simplement

(1) BARTIN. *Condit. impossibl.*, p. 178 à 207 et les arrêts cités.

(2) PLANIOL. II, nos 1036 à 1040 et les auteurs précités.

son raisonnement, elle aurait évité tout reproche et serait arrivée au même résultat : il n'est pas besoin de faire intervenir cette idée de cause (1). Il suffisait de dire ceci : quand la condition est la cause impulsive et déterminante de l'acte litéral, il est en réalité un acte à titre onéreux et partant soumis à l'article 1172 au lieu de l'article 900. La théorie de l'option, que nous venons de voir en dernier lieu, n'est qu'un raffinement pour ainsi dire de celle de la cause (2) ; par suite de l'alternative offerte au bénéficiaire, l'acte n'est plus franchement gratuit et tourne à l'acte onéreux. Par suite nous faisons à cette théorie la même critique.

En résumé, la condition enlève-t-elle à l'acte gratuit son caractère et en fait-elle un acte à titre onéreux ou à peu de chose près, on n'applique plus l'article 900 mais l'article 1172. Le seul inconvénient de toutes ces solutions est d'ouvrir un peu trop la porte à l'appréciation subjective de l'interprète.

§ 2 Nature du droit des substitués.

Par dérogation à l'article 896 qui prohibe les substitutions fidéicommissaires, modalités des donations entre vifs ou testamentaires, le Code civil autorise dans les articles 1048 et suivants les substitutions sim-

(1) Ce texte de l'article 1131 dont on n'a que penser.

(2) Cette dépendance résulte très bien d'un arrêt de Montpellier, 10 août 1887 et C. 8 avril 1889. D. 90. I. 205.

ples, non graduelles, par les père, mère, frère ou sœur du donataire en faveur des enfants nés à ou à naître de ce dernier. Le grevé de substitution se trouve propriétaire des biens donnés jusqu'au jour où s'ouvre la substitution par sa mort, sa déchéance, ou son abandon anticipé ; mais s'il est propriétaire c'est à charge de conserver et de rendre les biens à ses enfants : les appelés à la substitution. Les enfants sont donc certains, sous ce rapport, de succéder à leur père qui ne peut aliéner les biens grevés de substitution ; leur droit semble plus efficace que celui d'un héritier présomptif, et même plus ferme encore que celui des héritiers réservataires ; leur vocation est certaine, mais indéterminée seulement pour le jour de son ouverture.

Les conventions que les substitués pourraient faire entre eux ou avec les tiers sur les biens grevés, et avant l'ouverture de la substitution, sont-elles prohibées comme portant sur une succession future ? En un mot, quelle est la nature de leur droit ?

Un premier système (1) ne voit dans le substitué qu'un simple héritier ; la substitution ne fait que confirmer la transmission légale. Toute convention de sa part est prohibée avant l'ouverture de la substitution.

Un système (2) plus large répond que le substitué est un propriétaire sous condition suspensive ; « capit a

(1) DEMOL. XXII, n° 599. — DEMANTE et COLMET. IV, n° 211 *bis*, III.

(2) AUBRY et RAU. VII, § 696, 84, 87. — BAUD. et BARD. *Oblig.* I, n°s 259, 282.

gravante non a gravato ». Par suite, il peut aliéner comme tout propriétaire sous condition suspensive, sans conférer plus qu'il n'a, évidemment.

Les deux systèmes invoquent l'un et l'autre les traditions historiques qui sont contradictoires. Je crois que le second système est le plus proche de la vérité ; les appelés ont un droit qu'on ne peut leur enlever ; tout le monde leur reconnaît la faculté de faire des actes conservatoires (art. 1180). C'est la théorie de la jurisprudence ; elle leur permet d'hypothéquer leur droit (art. 2125) qui n'est pas éventuel, seulement conditionnel.

Cependant, il faut observer que les substitutions peuvent affecter une donation entre vifs ou un testament. Au premier cas, où le droit est irrévocable, le second système est parfaitement exact. Mais il me semble, au cas de substitution émanant d'un testament, bien difficile, tant que le testateur est là et si les substitués ont connu ses volontés par avance, de leur permettre l'aliénation de leurs droits ; ce serait un pacte sur succession future, comme nous l'avons vu à propos de la succession testamentaire en général (1).

Néanmoins, malgré cette restriction que les partisans du système (j'en suis sûr) ne me contesteraient pas, il est impossible d'admettre leur théorie et voici pourquoi : l'intervention de la condition est nuisible, car la

(1) POTHIER. *Substitut.* VII, a. 2, § 1.

condition, une fois accomplie, rétroagit au jour de l'acte (1) ; les substitués seraient censés donataires dès l'origine et l'on détruit ainsi la première partie de l'acte : la libéralité faite au grevé.

Mais tout en conservant les mêmes solutions que le dernier système, il est facile de sortir de la difficulté ; il suffit d'envisager la réalité des choses et de faire plus exactement la théorie juridique. Le grevé est donataire, mais il subit une limitation dans l'étendue de son droit ; la propriété comporte un faisceau de droits ; je peux très bien la transmettre sauf à en retenir l'un ou l'autre, l'usufruit par exemple, la faculté d'aliéner comme au cas présent ; le grevé est comme la femme dotale, il ne peut aliéner (1554). Cette inaliénabilité est dans l'intérêt du substitué, car lui aussi est donataire, mais limité également dans l'étendue de son droit ; il est donataire à terme, et à terme incertain ; il est sûr qu'il deviendra propriétaire sans limites, mais à une époque plus ou moins reculée. Or, le terme, qu'est-ce, sinon une modalité qui affecte l'exigibilité, mais non pas l'existence du droit, et par suite, il ne peut plus être question de rétroactivité (2). Nous conservons ainsi les solutions du second système, tout en échappant à l'objection qui paraissait le détruire.

(1) PLANIOL, t. III, n° 3320, 2^e édit. Cependant, je crois qu'il y aurait encore beaucoup à dire sur la force de cet argument ; je ne crois pas que ce soit une règle impérative, mais c'est une présomption de volonté pour une intention obscure. — M. GENY, *op. cit.*, p. 150, § 75.

(2) PLANIOL, t. I, n° 316, 2^e édit.

(La théorie que nous avons adoptée sur la nature du droit conféré aux substitués légitime notre silence sur les substitutions en général ; contrairement à ce que l'on pourrait croire au premier abord, la substitution ne comporte pas une application de la transmission successorale par contrat : elle confère au substitué un droit actuel et irrévocable mais à terme incertain ; à la différence de celui de l'institué contractuel, son émolument ne peut varier puisque le grevé n'a pas même la possibilité d'aliéner à titre onéreux (1).)

II

LA SUCCESSION CONTRACTUELLE

La prohibition s'applique également aux conventions qui sont faites sur les droits successoraux dont la source est dans l'un des contrats successoires exceptionnellement permis par notre loi civile : l'institution contractuelle, le partage d'ascendant

(1) Et, enfin, à quoi bon chercher à faire la « construction juridique » de la substitution fideicommissaire « au moyen de conceptions pures et raffinées » : on peut se contenter des buts politiques ou sociaux justifiant cette institution et déterminant la volonté du disposant. — M. GENY, *op. cit.*, p. 144, note 2. Et c'est encore là le meilleur argument pour exclure la substitution de l'étude qui se réfère à la succession contractuelle.

Institution contractuelle.

Aujourd'hui on ne pose plus la question de savoir si le droit de l'institué est un droit de succession et par suite non plus celle de rechercher si l'aliénation que ce dernier fait de ses droits éventuels est un pacte sur succession future. Des auteurs et des tribunaux, tenant compte surtout du caractère contractuel de l'acte, croyaient devoir permettre à l'institué de disposer de son droit éventuel ; mais il aurait fallu qu'il s'agît de biens présents et non de biens futurs ; le titre de l'héritier est irrévocable, mais non pas son émolument. L'instituant peut toujours aliéner à titre onéreux ; on ne s'est jamais avisé de soutenir que les héritiers réservataires échappaient à la prohibition et non les héritiers ordinaires. Cette erreur provenait de ce que l'on n'était plus familiarisé avec l'idée de succession contractuelle. Aujourd'hui l'accord est à peu près fait sur la question ; c'est l'avis de tous les auteurs : l'institué ne peut faire aucune convention sur ses droits éventuels soit avec ses co-institués, soit avec des héritiers légaux, des légataires ou des tiers.

Il est cependant un point qui semblerait peut-être prêter à hésitation : l'instituant et l'institué ne peuvent-ils tomber d'accord pour détruire la convention successorale passée entre eux ?

Il est bien certain que l'institué ne saurait à lui seul

renoncer à son droit d'une manière unilatérale (1). « Consensus heredis, vivo testatore, videtur extortus et non valet », disait Dumoulin. Cette renonciation serait contraire à l'article 791 ; d'autre part elle violerait le principe de l'article 1395, dans la mesure où elle porterait atteinte au contrat de mariage ; et puis enfin il y a cette raison fondamentale, c'est que l'une des parties, ici l'institué, ne peut à elle seule détruire ce qui est l'œuvre de son accord avec l'autre partie, l'instituant.

Mais par contre, ne semble-t-il pas que l'accord de l'instituant et de l'institué peut réaliser ce que la volonté de l'un d'eux était impuissante à faire. Leur mutuel dissensus ne peut-il détruire l'œuvre accomplie lors de la confection de l'institution contractuelle. En droit allemand nous verrons que le de cujus et le bénéficiaire peuvent révoquer ainsi d'accord le Erbvertrag. N'est-ce pas aussi pour nous une application des principes généraux des contrats.

Des auteurs (2) ont répondu affirmativement, d'autres ont varié (3) sur la question et la plupart repoussent la possibilité de semblable résiliation.

On a d'abord invoqué le principe de l'article 1395 ; mais il ne faut pas faire grand état de cet argument qui ne porte qu'au cas où la donation est tellement liée au

(1) C. 16 août 1841, S. 41. 2. 611. Lyon, 7 avril 1870, D. 71. 2. 187.

(2) DUVERGIER. *Vente*, I, n° 232.

(3) ZACHARIAE, III, p. 520, n° 53. V. p. 521 dans le sens de l'affirmative, et AUBRY et RAU, t. VIII, § 739.

contrat de mariage, que l'on peut la considérer comme en faisant partie intégrale, et partant soumise au principe de l'article 1395.

Evidemment, dans la majorité des cas il en sera ainsi ; cependant ce n'est pas une conséquence forcée, du fait par la donation d'être contenue dans un contrat de mariage.

Mais il est un autre principe auquel se heurtera toujours la possibilité d'une semblable renonciation convenue entre l'instituant et l'institué : c'est l'irrévocabilité de toute donation par contrat de mariage (art. 1083). L'instituant, en révoquant, ferait une donation indirecte à ses autres héritiers. Et d'ailleurs, l'instituant et l'institué n'ont pas le pouvoir de détruire à eux seuls leur œuvre : car il y a à côté d'eux l'autre époux qui est intéressé au maintien de la donation dans une plus ou moins large mesure et dont la présence suffit pour leur interdire tout retour sur le passé.

L'institué ne peut donc en aucune façon disposer de ses droits eventuels, tant que la succession n'est pas ouverte.

Il en est de même du donataire cumulatif de biens présents et à venir.

Enfin faisons remarquer que l'ancienne clause d'association, formée par le droit monarchique, serait atteinte par la prohibition.

Partage d'ascendant entre vifs.

A lire les articles 1075 et 1076, le partage d'ascendant entre vifs est une donation partage, libéralité avec attribution de parts. Les donataires copartagés ont immédiatement un titre définitif et certain, un droit immuable ; seul le partage est provisoire et la quotité du droit pourra varier. Les donataires sont ayants cause à titre particulier du donateur. Leur droit est irrévocable et, par suite, ils peuvent faire toutes conventions sur le droit que leur attribue la donation, même avant la mort de l'ascendant. La jurisprudence avec raison est tout à fait fixée dans ce sens (1).

APPENDICE

LA PROHIBITION S'APPLIQUE-T-ELLE AU RETOUR LÉGAL ?

La prohibition des articles 1130-791 s'applique-t-elle au retour successoral légal prévu dans le Code civil aux articles 351, 747, 766 ?

On sait, en effet, que dans les textes précités, il s'agit des successions anormales auxquelles sont appelés les ascendants pour les choses par eux données à leurs enfants décédés sans postérité (art. 747) ; l'adoptant

(1) C. 28 juin 1868. D. 68. 1. 289. — 27 nov. 1865. D. 66. 1. 217.

aux biens donnés à l'adopté mort sans descendants (art. 351), les frères et sœurs légitimes aux biens que les frères et sœurs naturels, décédés sans postérité, auraient reçus des parents (art. 766) ; c'est le retour légal, que la loi a établi en présument l'intention du donateur (exception à l'art. 732.)

Les parties peuvent stipuler un retour accessoirement à une donation ; c'est alors le retour conventionnel (art. 951), condition résolutoire qui affecte la libéralité. Le motif des deux retours est le même, mais leurs sources sont différentes et par suite leurs effets aussi : au cas de retour conventionnel les biens reviennent francs et quittes de tous droits conférés sur eux par le donataire ; celui-ci n'a pu conférer qu'un droit résoluble ; au contraire, le retour légal ne s'exerce que sur les biens restés en nature dans la succession du donataire (1) (cf. art. 747, al. 2 et 952.)

Quant au retour légal, est-ce un droit de succession appartenant au donateur, droit sur lequel il ne peut faire aucune convention tant que la succession n'est pas ouverte, les conventions sur cette expectative héréditaire tombent-elles sous le coup de notre prohibition ?

Cette question s'est posée dernièrement (elle a eu un grand retentissement), devant le tribunal civil de la Seine ; elle a donné lieu à une joute remarquable où se sont mesurés les plus éminents champions de la doc-

(1) Sauf la théorie de la subrogation réelle. PLANIOL, t. III, § 1912 a. 1916.

trine et de la jurisprudence (1). L'espèce était la suivante : des parents en dotant leur fille avec réserve du droit de retour déclaraient que ce retour ne nuirait pas aux avantages que la future épouse ou la loi pourraient conférer au futur (2).

Après la mort de la fille sans enfants, le gendre prétendit exercer sur les biens donnés l'usufruit que lui donnait l'article 767 (modifié par la loi du 9 mars 1891), en invoquant la renonciation des constituants de dot (qui permettait d'écarter l'alinéa 7 de l'art. 767). Ces derniers répondirent que la clause était nulle comme renonciation à succession future.

La question était grave ; on se trouvait en présence d'une clause devenue très fréquente, à Paris surtout, dans la pratique notariale. Allait-on délibérément briser la volonté des parties, tromper leur légitime attente, rompre l'équilibre du contrat.

Le tribunal de la Seine et la Cour de Paris (3) reconnurent d'abord la validité de cette renonciation ; n'était-elle pas relative au retour conventionnel et non pas au retour légal, car le retour était plus étendu que celui de l'article 747 ; il devait avoir lieu au cas de prédécès non seulement de la donataire mais encore de ses descendants ; par conséquent les parties pouvaient renoncer à ce qu'elles avaient créé elles-mêmes : « ce n'est plus

(1) Jugement 7 janv. 1899 sous C. 24 juill. 1901. D. 1901. 1. 537.

(2) Pratique toute naturelle qui s'était formée pour le retour conventionnel.

(3) Sous C. 24 juill. 1901. D. 1901. 1. 537.

la loi, mais la volonté des parties qui doit régler le différend ». C'était inexact (1), le retour conventionnel peut se juxtaposer au retour légal, mais il est impuissant à détruire ce « minimum intangible ». Quand ses conditions sont réunies, le retour légal doit s'exercer, indépendamment de ce que les parties ont pu faire parallèlement.

Ce raisonnement fut d'ailleurs repoussé par beaucoup d'auteurs et par la Cour de cassation qui, dans un arrêt du 24 juillet 1901 (2), décida que cette succession anormale, appelée retour légal, était avant tout un droit héréditaire ; par suite, toute convention relative à ce droit avant l'ouverture de la succession serait un pacte sur succession future ; on peut augmenter les effets du retour, mais on ne peut les diminuer tels que la loi les a organisés. Le syllogisme était rigoureux et parut d'abord inéluctable.

Cette décision inattendue jeta un grand désarroi dans le monde des affaires. Cette clause notariale était cependant conforme au vœu du législateur de 1891 qui voulait éviter les donations par contrat de mariage qui sont irrévocables, les donations entre époux qui sont essen-

(1) Comme l'a fait remarquer avec beaucoup de raison M. GAUDEMET, *Rev. trim. du Droit civil*, 1902, I, p. 739 à 781. Des rapports juridiques entre le retour successoral et le retour conventionnel (étude de jurisprudence).

(2) *Loc. cit.* et P., 1901, I, 521.

tiellement révocables, assurer la dignité du veuvage. On chercha immédiatement à sortir de cette impasse. La cour d'Amiens (1), première cour de renvoi après cassation, repoussa la théorie de la Cour suprême, avec d'autres motifs que celle de Paris ; la Cour de cassation dans un arrêt rendu toutes chambres réunies confirma son premier arrêt (C. 2 juil. 1903, P. 1903, 1. 496), et la Cour d'Orléans (2), seconde cour de renvoi, obligée de statuer dans le sens de la Cour de cassation, fit comprendre dans ses considérants le fond de sa pensée, « bien que l'ascendant donateur ne soit pas un héritier ordinaire, un héritier né... mais puisant sa qualité dans sa seule volonté, par la libéralité qu'il fait... » et dans un autre ordre d'idée : « quels que soient les bouleversements qui puissent en résulter, soit dans les unions antérieurement contractées, soit dans le monde des affaires... bien que Roux (le gendre) ait compté sur cette clause et que tous les signataires de cet acte aient cru, sans doute, à ce moment à son efficacité... l'ascendant ne peut renoncer à sa qualité d'héritier même dans l'intérêt le plus louable. »

En raison de l'importance des intérêts en jeu de nombreux systèmes (3) surgirent pour détruire le syllo-

(1) Amiens, 6 mars 1902. D. 1902. 2. 112.

(2) Orléans, 3 avril 1904. S. 1904. 2. 269.

(3) On en trouvera un exposé très complet et succinct dans la note de M. GÉNY, sous C. 2 juill. 1903. *Pand.* 1903. 1. 496.

gisme absolu de la Cour de cassation. Je m'occuperai seulement de ceux qui intéressent notre sujet et analyseront soit le fondement de notre prohibition, soit la nature du droit de retour pour découvrir un échappatoire.

La première théorie s'est attaquée au principe même de la prohibition des contrats sur succession future. C'est une manifestation, pour cette question particulière, du grand mouvement d'hostilité générale qui s'est révélé à l'encontre de cette interdiction ; depuis longtemps elle heurte de plus en plus nos mœurs ; elle est surannée et l'on s'est demandé comment elle se trouvait dans notre code ; elle ne provient que de notre ancien droit qui l'avait empruntée lui-même au droit romain. Les Romains avaient écarté les pactes sur succession future parce qu'ils les considéraient comme immoraux et dangereux (*votum mortis*), opposés à la liberté de tester ; l'héritage des idées révolutionnaires ajouta un autre motif : ces pactes auraient permis de violer le principe de l'égalité successorale entre les enfants, de ressusciter les anciennes renonciations devenues particulièrement odieuses. Enfin les transformations économiques postérieures au Code civil firent ajouter l'idée nouvelle : l'objet de semblable succession est variable à l'infini ; par suite c'est un danger pour le crédit immobilier, pour la sécurité de la pro-

priété que cet aléa plein d'incertitude. Or ces motifs, à les admettre tous comme décisifs, n'existent pas ici : l'acte est des plus moraux ; le père dote sa fille tout en conférant certains avantages à son gendre ; il ne saurait y avoir *votum mortis* de la part de l'ascendant ; il est question de la succession de sa fille, et il renonce à y opposer son retour légal : il conserve sa liberté de tester, l'objet n'est pas indéterminé. Il en est de même pour tout retour légal, qui s'applique toujours à la donation d'un ascendant. Et l'on ira de propos délibéré, quand rien ne légitime une pareille rigueur, annuler une clause n'ayant que des avantages sous tous les rapports, parce qu'il existe un texte de prohibition qui atteint cette vocation héréditaire. Ce serait aussi inique que contraire au sens juridique : cessante *ratione legis*, cessat *lex*. Ce fut là un des arguments de plusieurs auteurs (1) et de la Cour d'Amiens. Cet adage est un véritable principe de notre droit : la jurisprudence de la Cour de cassation en a fait elle-même maintes applications (2).

(1) M. le cons. Falcimaigne dans son rap. *op. cit.* — MM. LYON-CAEN, SARRUT, *op. cit.*

(2) Pour la condition de viduité imposée par le mari à sa femme ; l'interdiction d'aliéner les biens donnés. De même, on décide, pour la même raison, que l'art. 2279 ne s'applique pas aux meubles incorporels. C. 7 fév. 1849. S. 491. 170 ; C. 4 nov. 1902. S. 1903. 1. 173. — De même, pour l'art. 1599 on admet la validité des aliénations de l'héritier apparent. C. 26 janv. 1897. S. 97 1. 313, et autres cas nombreux. — LYON-CAEN. *Tr. de dr. commercial*, t. V, n° 84.

On ne tarda pas à montrer l'inexactitude et le danger d'une semblable théorie. Les motifs de notre prohibition sont bien « complexes, obscurs, discutables » pour que l'on puisse s'autoriser de leur défaut en vue d'échapper à l'interdiction ; ils datent d'époques différentes, ont subi une évolution lente et compliquée ; on ne peut fournir une formule précise. Quant à la maxime « cessante ratiōe... », elle est impuissante devant un texte clair et net comme celui de l'article 1130 ; elle ne pourrait intervenir que devant une loi douteuse, ou dont les circonstances inspiratrices ont changé, dont il faut rechercher la pensée pour l'appliquer (1). Ici ce n'est pas le cas, et il faut s'incliner.

Mais du moins si la prohibition est absolue, tombe-t-on réellement sous le coup de la prohibition ? A la suite de cette question, M. Gaudemet (2) a été amené à analyser d'une manière très ferme et très sûre la véritable nature du droit de retour, jusqu'à ce jour mal comprise. le retour a lieu en vertu d'une clause de réversion présumée par la loi qui supplée à l'imprévoyance de l'ascendant s'il n'a pas stipulé le retour conventionnel. C'est une succession contractuelle présumée et par suite les conventions qui y sont relatives échappent à la prohibition.

(1) M. GAUDEMET, *op. cit.* — M. GENY, *op. cit.*

(2) M. GAUDEMET, *op. cit.* — V. aussi M. CROUZEL. *Rec. acad. législ. Toulouse*, séance 10 nov. 1902, 1903, p. 1.

A. — *Preuve rationnelle* (1).

Une semblable pensée chez l'ascendant donateur est des plus naturelles; ce dernier a bien le droit de limiter sa pensée bienfaisante à la personne du donataire.

D'autre part, le fait par la loi de donner la succession à l'ascendant donateur tient compte, non plus de la volonté présumée du de cujus, mais de l'intention de l'héritier. Le législateur tient compte de la volonté pour fonder le droit de succession; il y a donc un élément contractuel. Il suppose un échange de vues, un accord contractuel.

En troisième lieu cette conception du retour légal permet seule d'expliquer l'anomalie en vertu de laquelle l'ascendant succède à titre particulier au point de vue actif, et à titre universel au point de vue passif, puisqu'il succède aux dettes au prorata de son émolument. Cette explication est bien plus exacte que celle de MM. Aubry et Rau (2) par exemple, qui voient dans les biens sujets à retour une universalité distincte; c'est une conception ingénieuse, mais qui n'est pas dans la loi.

En quatrième lieu la loi présume toujours la pensée

(1) D'après M. OAUDEMET, *op. cit.*, p. 761, 766.

(2) T. VI, § 608, texte n° 32.

généreuse du donateur : ce dernier veut que sa donation ne soit pas un instrument inutile entre les mains de l'enfant ; et c'est pour cela qu'elle permet au donataire d'aliéner les biens donnés.

Enfin pourquoi l'ascendant peut-il accepter, renoncer, accepter sous bénéfice d'inventaire ? c'est parce qu'il est tenu des dettes et succède comme un institué contractuel. On ne peut nous objecter, comme le fait M. Van Biervliet, que cette obligation aux dettes soit contraire à la base contractuelle du retour. Un héritier contractuel est tenu des dettes comme celui de la loi.

Cette théorie que le législateur a trouvée complètement édictée dans l'ancien droit pour le retour de l'ascendant donateur, et qu'il a reproduite dans l'article 747, il a pensé devoir l'appliquer purement et simplement aux cas de retour prévus par les articles 351 et 766.

B. — *Preuve historique.*

En droit romain le retour n'existait d'abord que pour la dot profectice du père à sa fille ; il fut étendu ensuite à la donation faite au fils *propter nuptias*, ou même à toute donation du père aux enfants en puissance ; les biens donnés à l'enfant émancipé, ou par la mère, ou un autre ascendant n'étaient pas soumis au retour.

Le droit écrit suivit le droit romain ; les Parlements (de Grenoble excepté) l'étendirent à toutes les donations faites par les ascendants à leurs descendants (Bordeaux, Toulouse, Provence).

Les motifs du droit de retour étaient au nombre de trois : c'était pour consoler l'ascendant de la perte de son enfant, pour engager les ascendants à être généreux envers leurs descendants, enfin surtout pour exécuter la condition tacite mise par l'ascendant à sa donation ; la condition peut être expresse, et alors le retour est conventionnel ; si le donateur n'y a pas songé, la loi supplée à son imprévoyance. De cette nature contractuelle, on déduisait la résolution rétroactive de tous les droits conférés par le donataire sur l'objet donné ; c'était bien une réversion (Bordeaux, Toulouse, Grenoble) (1). Mais pour rendre la propriété plus fixe et sous l'influence des idées coutumières, le Parlement de Provence maintenait les aliénations onéreuses du donataire, et le Parlement de Paris tous les actes d'aliénation (pour les pays de droit écrit de son ressort). Il faisait même contribuer l'ascendant aux dettes. Ainsi le retour légal du droit écrit se rapprochait bien de celui de la coutume : droit mixte mêlé de succession et de réversion ; bref une succession contractuelle.

Quant aux pays de coutumes connaissaient-ils le

(1) Il ne pouvait être question de faire contribuer l'ascendant aux dettes.

droit de retour légal? l'opinion traditionnelle répond qu'ils ne connaissaient pas (1) la réversion, mais le retour successoral: « Non jure reversionis sed jure hereditario, succèdent les ascendants aux choses par eux donnés », dit-on couramment. Si le retour avait existé comme un droit de succession en pays de coutume aussi bien que comme un droit de réversion en pays de droit écrit, il aurait apparu peu à peu dès les temps les plus reculés, comme toute autre institution foncièrement coutumière. Il n'en est rien; il ne fut introduit qu'à la fin du xvi^e siècle à la suite des dissertations retentissantes de Charles Dumoulin (2); auparavant il n'en est question nulle part. Il faut bien voir les choses et ne pas se payer de mots: on s'abuse souvent avec cette opposition (3) de pays de droit écrit et pays de droit coutumier; on ne fit jamais tant de droit comparé, ni surtout de droit commun (4) que dans notre ancien droit; or, le droit de retour était devenu une institution de droit commun, de droit naturel

(1) Et cependant, ce droit de retour ne semble pas si extraordinaire et artificiel; les lois des peuples (*volksrechte*) accordaient chez les barbares dans certains cas, au donateur ou à ses héritiers, le droit de reprendre les biens donnés en dot à la femme dont la mort avait amené la dissolution du mariage. L. Saxon., tit. VII; Bavar., XV. 8; Burgond., LXII. 2; Wisigoths, V. 2. 4; IV. 5. 3.

(2) Dumoulin a ainsi semé beaucoup d'idées fécondes qui, ensuite, se sont développées dans la jurisprudence.

(3) Ils ont, au contraire, sans cesse évolué l'un vers l'autre par des réactions mutuelles en vue de tendre à une jurisprudence unifiée.

(4) Comme le *deutsches Privatrecht* en Allemagne avant le nouveau Code civil allemand.

même (1); tous les auteurs le reconnaissent; mais les idées n'étaient pas les mêmes en France, quand on passait du midi au nord; quant au retour légal ses effets (mais sa nature restait toujours la même, car il venait du sud et s'était peu à peu étendu vers le nord de la France) allaient en décroissant du midi au nord de notre pays, comme une plage aux pentes très douces. Le droit de retour des provinces les plus coutumières était toujours le droit de reversion du droit romain, mais mitigé dans certains de ses effets, jugés trop absolus (2). Ce qui a fait croire à cette opposition de nature entre le retour et la reversion, c'est que l'on a pensé devoir analyser l'essence du retour d'après ses effets; en réalité, le retour coutumier n'entraînait pas l'antagonisme systématique de la succession et de la reversion, n'exigeait pas un tout ou rien, mais, au contraire, était extrêmement souple (comme la diversité des coutumes et des jurisprudences parlementaires le montrent bien); il était susceptible des degrés les plus insensibles. Après tout c'est encore la tendance de notre esprit à créer des « catégories juridiques », direction manifestée par cette aversion instinctive pour la

(1) M. VAN BIERVLIET trouve notre théorie inconciliable avec la règle : « Institution d'héritier n'a lieu »; mais il oublie que l'institution contractuelle était devenue une création du droit commun malgré ce principe qui avait dû reculer devant la pratique et les traditions. Il en fut de même pour la réversion. — VAN BIERVLIET. *Revue pratique du notariat belge*, du 30 avril 1905. Bruxelles.

(2) Pour les pays du Nord, le droit romain était un instrument de progrès, constituait la raison écrite; la coutume ignorait le droit de

succession contractuelle ; contrat, succession, comment cela peut-il s'accorder ? de même succession ou reversion, l'une ou l'autre, mais jamais un peu de l'une ou un peu de l'autre ; c'est une erreur, car l'évolution historique confirme les vues générales que nous venons d'exposer.

Aucune trace de retour légal dans nos coutumes jusqu'au milieu du xvi^e siècle (1) ; malgré les nombreuses tentatives qui furent essayées pour le faire pénétrer dans les pays coutumiers (2), on se heurtait à la règle qui excluait les ascendants de toute succession : « propres ne remontent », et au principe de l'irrévocabilité

retour ; elle adopta le droit romain, sauf à glisser dans les cadres coutumiers les préceptes romains.

(1) Les coutumes du Châtelet, le coutumier de Charles VI, la Somme rurale de Jean Boutilier, la coutume de Paris de 1510, art. 129, n'en parlent pas. Les auteurs font bien allusion à un arrêt de Paris de 1268, mais qui semble avoir été rendu pour un pays de droit écrit. On a cité également un texte de Beaumarchais (Cout. de Beauvais, ch. XIV) d'après lequel on lit en effet que les biens donnés par le père ou la mère à leurs enfants ou parvenus à ces derniers d'une autre manière, leur reviennent, quand les enfants précèdent et sans postérité. Mais l'ancien jurisconsulte présente cette solution qui n'est d'ailleurs pas uniquement relative à la question du retour, comme son avis dans une question controversée ; si la coutume avait été établie d'une manière ferme, il parlerait un langage plus affirmatif. D'autre part, ce principe du retour, s'il avait été vrai à cette époque, aurait été répété par tous les contemporains de Beaumanoir et il n'en est rien. (V. à ce sujet. Cour Delisle. Etude sur l'art. 757. *Rev. critiq.* 1857, t. X. *Thèse* Petit, Dijon, 1905. Le dr. du conj. surv.) — OLIM DE BUGNET, I, p. 272, n° 7. GLASSON. *Hist. du Dr.*, VII, p. 505, v. page suivante. Et si dans certaines chartes locales, dans quelques coutumes le retour apparaît, c'est le retour du droit romain ; c'est bien la preuve que, ce qui fut introduit en pays coutumiers ne fut jamais que la réversion de ceux de droit écrit.

(2) Masuer (Pratique), rapporte un arrêt de 1554 qui refusa le retour légal au premier président Le Maître. *Id.* DE LA ROUVIÈRE. *Retour*, III, ch. VI.

des donations. C'est avec Dumoulin que commence l'ère du retour légal, ainsi que l'a montré M. Gaudemet d'une manière péremptoire (p. 766 à 776) dans l'article précité.

Dumoulin (1) fit remarquer què le bien donné ne constituait pas un propre, et que par suite la règle propre ne remonte, ne pouvait s'y appliquer. En effet, pourrions-nous ajouter, un arrêt de Paris du 22 décembre 1564 ne décidait-il pas, au moment où Dumoulin le soutenait : « il n'y a plus beau conquêt que de don... toute donation faite par père et mère est réputée faite en avancement d'hoirie (2) ». Et si l'ascendant doit succéder à ce conquêt plutôt qu'un autre, c'est en vertu d'une convention tacite : « quod pater non *putabat* dare exteris sed solum proli suæ ».

La doctrine de Dumoulin fut un trait de lumière et fit jaillir (3) de toutes parts des textes coutumiers, des arrêts des Parlements reconnaissant en droit coutumier le droit de retour légal (4).

Que l'on ne s'arrête pas au mot « succèdent » em-

(1) Dumoulin, sur la cout. de Paris, art. 129 ; sur la cout. d'Artois, a. 107 ; sur la cout. de Montfort, a. 101 ; sur la cout. de Valois, a. 78 ; sur la cout. de Montargis, a. 9. La règle « propre ne remonte » devient un corollaire de la règle « *paterna paternis* ».

(2) BARNABÉ LE VEST. *Arrêts mémorables de Paris*, a. 192.

(3) FERRIÈRE. *Comment. sur la cout. de Paris*, a. 313, § 1.

(4) Ce fut de droit commun même quand la coutume n'en parlait pas et admettait la règle « propre ne remonte », arr. parlem. Paris, 29 avril 1609, dans LOUET, let. P. n° 47, et aussi arr. 27 mai 1634 pour la cout. d'Angoumois. En ce sens aussi, LEBRUN, *Succ.*, liv. I, ch. V, sect. 2.

ployé par la coutume de Paris de 1580, article 313 (1) ; « toutefois succèdent aux choses par eux données à leurs enfants décédés sans enfants » ; c'est que ce retour n'avait pas été admis jusqu'alors à cause de la règle : propre ne remonte ; cette expression, dit Pothier, n'est pas exceptive mais adversative ; et cela est si vrai que dès le début et pendant plusieurs années après on jugea que le droit de retour produisait les mêmes effets qu'en pays de droit écrit (2).

Cette idée de tacite stipulation est exprimée d'une façon très précise par Brodeau-s.-Louët (3) (et Pithou

(1) De même, cout. d'Orléans, a. 315, de la Marche et du Bourbonnais ; mais celles du Berry, du Nivernais, Melun, Sens, Noyon et d'autres se servent du mot « retournent ». Ainsi qu'on va le voir dans les développements ultérieurs, il ne faut pas tirer argument de l'emploi de ce mot, comme des auteurs ont cru devoir le faire, notamment POTHIER, ARNAUD DE LA ROUVIÈRE. *Trait. du droit de retour*, t. III, ch. I, se range sous ce rapport à l'avis de FERRIÈRE, décidant que les termes de l'a. 313 de la cout. de Paris « sont plus que suffisants pour admettre ce droit (de retour dans cette coutume ; parce qu'il n'est point, selon moi, de *succession* aux donateurs des biens donnés aux donataires, qui ne suppose le *retour*, et que l'un et l'autre sont *synonymes* et *idem sonant* quoique ces termes semblent différents de la première idée qu'ils présentent, d'autant plus que dans la *France coutumière* le retour est mixte en ce qu'il participe du droit de réversion et du droit de succession tout ensemble. »

(2) Arr. du Parlem. de Paris de 1584, dans Choppin, Charondas, sur l'a. 313 de la cout. de Paris. — C'est bien un retour. FERRIÈRE. *Diction. de droit*. V. Réversion, t. II, p. 518. — PAPON, dans ses arrêts, en rapportant un arrêt de Toulouse et un arrêt de Paris. *Succ.*, tit. V, tit. XXIII, ne semble faire aucune différence à cette époque (au début du XVII^e siècle) entre les pays de droit écrit et de droit coutumier. En ce sens, ROUSSILHE. *Jurisprudence des Donations*, t. III, ch. XIII, sect. 2, § 3.

(3) LOUËT, loc. cit. P. n^o 47. — LA THAUMASSIÈRE, sur l'a. 9 tit. 15, cout. de Montargis. Le retour est inhérent tacitement à toutes sortes de donations faites par les ascendants, parce qu'elles sont réputées en avancement d'hoirie.

sur l'art. 141 de la cout. de Troyes), qui déclarent que l'ascendant succède non tam jure hereditario quam jure reversionis ; et la preuve c'est que tous les auteurs de l'ancien droit s'accordent à faire passer dans la succession des choses données au petit-fils, le grand-père avant le père ; est-ce là un droit de succession ordinaire (2) ? Pourquoi cette préférence ? Il n'y a pas à hésiter, c'est un droit de réversion (1).

La preuve enfin que le droit de retour dans le droit coutumier était une réversion présumée, c'est que l'on pouvait y renoncer par avance ; c'était donc bien une

(1) DUMOULIN (*ibid.*) « altiori ratione moveor ». LEBRUN *succ.* liv. 1. ch. 5 sect. 2. n-L n 15. très formel en ce sens. — Henrys sur. quest. 12 confirme cela par un arrêt du 12 juill. 1625. — RICARD *Donat.* n. 774 est en sens contraire, mais parce qu'il fonde le droit de retour sur la puissance paternelle : cette raison empêche que M. Van Biervliet, *op. cit.*, p. 243, puisse nous opposer sérieusement l'avis de cet auteur, dont l'opinion resta d'ailleurs isolée. — BOUCHEUL *Conv. d. succed.* ch. XII n. 41 lui répond : si l'ascendant plus proche devait exclure le donateur plus éloigné, à quoi bon l'a 313 ; « quoique la coutume dise : succèdent : c'est en conséquence du droit de réversion que les ascendants succèdent aux choses par eux données à leurs descendants ; c'est un droit de succéder mixte qui participe de la réversion et de la succession » et il cite avec Dernusson un arrêt du 20 janv. 1667 ; et cependant Boucheul écrit en 1727, époque où la théorie coutumière est bien formée. — DE LA ROUVIÈRE *op. cit.* ch. 4 s'autorise de nombreux arrêts, de la stipulation tacite en faveur de l'aïeul donateur, pour faire passer, même en pays coutumiers, le donateur avant le père. Le retour n'est pas un droit de succession : d'ailleurs les auteurs comme Ricard quand c'est le père qui est donateur, et non l'aïeul, ne se contentent pas de dire qu'il était le plus proche (ce qui suffit bien dans leur théorie), mais ils ajoutent que la succession est acquise aussi au père par droit de retour : « n'est-il pas plus proche que l'aïeul, et n'est-ce pas de lui que viennent les biens donnés ? ». vi. ch. 7. — Ferrière *let. R. t. IV. V. Retour.*

(2) ROUSSILLE. *Tr. de la Dot*, ch. XXIII, sect. 2, § 1. En ce sens, cette solution, bien que légitimée autrement, se trouve aussi dans POTHIER, sur l'a. 315 de la cout. d'Orléans, et s'oppose à l'avis de RICARD émis dans *Succ.* V. ch. 2, sect. 2, § 2.

convention tacite, et non pas un droit de succession légale ; c'est justement l'espèce soumise à la Cour de cassation : « si les ascendants avaient stipulé propres pour eux, leurs hoirs et ceux de leur côté, ils ne pourraient plus jouir de leur droit de réversion parce qu'ils y auraient renoncé (1). » Il est vrai que les renonciations à succession future étaient permises dans le contrat de mariage ; mais l'auteur ne semble pas dire que la renonciation aurait été annulée, en dehors du contrat de mariage.

Dans la suite le droit coutumier se transforme et restreint les effets du retour : maintien des droits conférés par le donataire, contribution de l'ascendant aux dettes (par suite d'une clause devenue de style), mais la nature du droit reste la même (2), droit de succession tacite et contractuelle, qui, à la suite de ces modifications, ressemblait beaucoup à la dernière création du droit écrit dans les Parlements de Provence et de Paris (sauf l'obligation de l'ascendant aux dettes, qui existait en plus) (3) ; le retour était devenu un droit

(1) Confér. ecclésiast. du diocèse de Paris, Mariage IV, liv. III, p. 164 ; arrêt 27 avril 1599 pour la cout. de Melun. — BRODEAU SUR LOUET, P. n° 47. Sérieux contr. de mariage, I, § 27. — Arr. Paris, 23 avril 1575 et 1584 dans FERRIÈRE, sous a. 313.

(2) A propos d'un arrêt du 14 juillet 1713, l'avocat général disait encore « il y a une présomption tacite que l'ascendant a voulu que cela lui retournât. » — ROUSSILLE. *Dot., op. cit.*, et *Donations, op. cit.*, p. 102.

(3) D'ailleurs il ne faudrait pas croire que l'opposition entre les effets du retour coutumier et du retour de droit écrit fût aussi marquée que l'on veut bien le dire : le donataire pouvait parfaitement aliéner et engager les biens donnés, mais lorsque c'était nécessaire : par exemple pour établir ses propres enfants. Aussi au cas où le retour venait à

mixte, de nature hybride, mi-partie de succession, mi-partie de réversion. Et ce n'était pas là un avis isolé émis par quelques auteurs, mais une manière de voir unanime que l'on relève chez beaucoup de jurisconsultes de différents pays (1).

s'exercer l'ascendant avait-il le droit de faire tomber les aliénations et les engagements qu'il parvenait à démontrer avoir été faits inutilement ou avoir été contractés sans motifs plausibles, même sans nécessité.— V. BRETONNIER-SUR-HENRYS. I, liv. 5, ch. 5. 9. 13. A propos des droits des créanciers du donataire.— RICARD. I, 3^e part. ch. 7, sect. 4, n^o 203.

(1) ROUSSILHE. *Tr. d. la Dot*, chap. 23, sect. 2, § 1.— LEBRUN. *Succ.*, liv. 1, ch. 5, sect. 6, p. 79 ne fait aucune différence de nature entre le droit de retour du droit écrit et celui du droit coutumier, mais constate qu'ils ne se pratiquent pas de la même façon (c'est une différence d'effets); c'est un droit mixte et par suite il varie selon que l'on appuie davantage sur l'un ou l'autre de ses éléments.— RENUSSON. *Propres*, ch. 2, sect. 19, coutume générale en France.— BERGIER SUR RICARD. *Donat.*, 3^e part. ch. 7, sect. 4. Sa doctrine est hésitante; la différence lui échappe; « c'est une de ces grandes et anciennes maximes, ajoute-t-il, qui sont propres à notre droit et qui furent même en usage dans les provinces de droit écrit avant qu'elles y fussent soumises »; c'est une dérogation à l'irrévocabilité des donations.— FERRIÈRE. *Dict. de Droit*, t. 2. V. Reversion, p. 518: Ces donations d'ascendants sont censées faites en avancement d'hoirie, et sous la condition de survie du donataire et de ses enfants; c'est une condition résolutive qui est toujours sous-entendue (même en pays coutumier); enfin il remarque ceci. S'il n'est pas tenu des dettes *in infinitum*, c'est qu'il n'est pas proprement héritier, mais successeur *in re singulari* (en effet *solus Deus heredes facere potest*).— PIERRE DE L'HOMMEAU. *Maximes du droit français* (1657): l'ascendant est tenu des dettes jusqu'à concurrence des biens retournés: car ils ne reprennent lesdites choses par eux données comme héritiers de leurs enfants, ainsi (mais) par droit de retour, encore que quelques-uns soutiennent que la reversion se doit faire sans charge des dettes du fils donataire.— ROUSSEAU DE LA COMBE. *Rec. d. jurispr.* V. Reversion; plusieurs coutumes (Montargis, ch. XV, a. 9; Nivernais, ch. 27, a. 9) disent: « retourment »; ce qui fait présumer que la succession est mêlée de réversion.— CHOPIN, sur *Cout. de Paris*, liv. 2, titre V (en 1662): les biens ne remontent pas, mais retournent.— BARTHOLOMAEUS CHASSENÆUS (1574), *Sur la cout. du D. de Bourgogne*, tit. VII, § 6, p. 989. (On présume que l'ascendant a fait cette donation au fils pour conserver la splendeur du nom, de la famille et que c'est sa volonté que ces biens lui reviennent

Si les coutumes, les auteurs présentent quelques divergences de détail (1) sur la nature ou les effets du droit de retour en coutume, cela tient justement à la nature mixte de ce droit « mêlé de succession et de réversion », condition tacite à laquelle la coutume, ou la Loy (romaine) suppléent, à son défaut. Les auteurs qui comme Pothier nient cette nature double se sont trop attachés à la lettre des textes coutumiers ; ils ont analysé la nature du retour d'après ses effets et non en vertu de ses origines. Et comme l'a savamment démontré M. Gaudemet, une particularité a contribué à obscurcir encore la question : la règle « propres ne remontent » est devenu au temps de Pothier un corollaire de « *paterina paternis* », parce qu'elle a changé de sens « elle n'exclut les ascendants que de la succession aux propres qui viennent de l'autre côté que le leur (2) » ;

s'il meurt sans enfants.) « *Præsumitur ut per filios nomen domus et agnationis conservetur, et cum morte deficiatur et cesset præsumpta voluntas... donata habentur pro non scriptis et ad illos redire debent.* » *Commentaire anonyme sur la cout. du C. d. Bourg* (1743), p. 75, c'est un droit mixte.— H. BOGUET. *Cout. du C. de Bourg*, tit. III, § 2. « *Dici potest ejus modi consuetudinem inniti favore familiæ et agnationis conservandæ secundum juris communis dispositionem.*— DUNOD DE CHARNAGE. *Observ. sur Cout. C. d. Bourg*, n° 25 sous l'a. 2, c'est un droit mixte.— BRODEAU SUR LOUET. *Let. P.* n° 47, fait bien comprendre cette nature mixte : ce sont des propres contractuels ou conventionnels ; cela rend bien l'idée de succession et de convention.— DOMAT. *Lois civiles*, liv. I, p. 333. sect. V, t. XIV. C'est un droit mêlé de succession.— DAVOT. *Trait. sur div. mat. d. droit franç. à l'usage du D. de Bourgogne*, t. 3, p. 435, sur le tit. 7, § 6 : « Ce n'est pas remonter c'est retourner. »

(1) V. M. GAUDEMET, *op. cit.* Cout. de Valenciennes, a. 108. 109.— Berry, t. I, 19 à 5.— Nivernais, ch. 27, a. 9. 24, a. 5.— Auxerre, a. 242.— Chauny, a. 39 (ancien), a. 41. (nouveau).

(2) G. DAVOT. *Cout. D. de Bourgogn.*, III, p. 435, tit. 7, § 6.— POTHIER *Success.*, ch. 2, sect. 2, a. 3, § 2.— LAURIÈRE, sur a. 313. Cout. de Paris.

tandis qu'au temps de Dumoulin (1), elle excluait toute succession de l'ascendant, même de son côté et ligne.

On comprend que pour Pothier le retour légal pouvait à la rigueur sembler tout naturel si on l'envisageait comme succession (2).

Les rédacteurs du Code civil (3) copièrent les coutumes de Paris, d'Orléans, s'emparèrent surtout de Pothier; c'est pour cela qu'ils répétèrent le mot « succédent »; nous savons quel sens il faut lui attribuer. Le retour coutumier est donc la réversion du droit écrit, mais transformée, c'est un droit mêlé de succession légale et de succession contractuelle.

On (4) a bien voulu nous répondre que pour les pays de droit écrit du Parlement de Paris on avait limité les effets de la réversion (tels que les reconnaissaient les

(1) Dans un arrêt de Paris du 22 décembre 1564, on fait remarquer en effet, que le retour n'est admis exceptionnellement que pour les ascendants à cause de la règle « propre ne remonte » et cependant on y fait application de la règle *paterna paternis* pour des collatéraux. — BARNABÉ LE VEST, *op. cit.*

(2) M. VAN BIERVLIET fait une objection à notre système : si vous soutenez, nous dit-il, que le retour est une préférence dans les propres, un des cas les plus favorables de la règle « paterna... » vous ne sauriez prétendre que cette dernière règle a une base contractuelle. Il est certain qu'au début de notre ancien droit il y avait un principe général « les propres descendent, ne remontent pas » ; mais ce principe qui n'avait d'abord pour but que d'exclure la succession des ascendants, changea de sens au cours des siècles monarchiques et signifia plus tard que les propres ne pouvaient changer de ligne; il devint l'équivalent de la règle « paterna » qui s'est trouvée ainsi commander également à son tour la réversion; les propres ne « traversent » pas, si j'ose dire ainsi, mais ils retournent. Par suite l'objection de M. Van Biervliet ne porte pas.

(3) TRONCHET, LOCRÉ. XI, p. 226. 227.

(4) BAUDOUIN, *op. cit.*

Parlements de Bordeaux, Toulon, Grenoble), parce que, dit-on, l'on était habitué à traiter le retour en pays coutumier comme une succession. D'où pouvait bien venir cette habitude ? c'était tout le contraire. Le retour existait déjà depuis longtemps dans les pays de droit écrit, soumis au Parlement de Paris, et il n'en était pas encore question dans ceux de coutume ; ce n'est pas le retour coutumier qui a influé sur la réversion romaine, mais cette dernière qui s'est peu à peu introduite dans les coutumes et n'a pu s'y faire admettre qu'au prix de concessions. Il suffit de lire les arrêts du Parlement de Paris (1) rendus aussitôt après la rédaction en 1580 de la coutume et où on ne fait aucune distinction de ce genre ; Roussilhe fait remarquer à ce sujet qu'au début le retour fut traité en coutume comme en droit écrit.

Enfin on nous oppose que le Parlement de Paris, pour les pays de droit écrit à lui soumis, voyait dans le retour un droit mixte ; mais tous les auteurs répondent que cette manière de voir était aussi vraie pour les pays de coutume (2).

(1) CHOPIN et CHARONDAS rapportent un arrêt du Parlement de Paris de 1575 qui donne au retour légal, pour un pays de droit écrit, les effets d'une condition résolutoire, et après 1580 un arrêt de 1584 qui décide de la même manière pour un pays de coutume. — ROUSSILHE. *Donat.* III. ch. XII, sect. 2, § 2. Puis la jurisprudence a changé.

(2) Le retour coutumier ne fut donc jamais que la réversion du droit écrit, « reçue » (recipiert, comme disent les Allemands) en coutume, mais très modifiée.

C. L'évolution de la jurisprudence moderne.

Notre théorie n'est pas une vaine entité juridique ; la jurisprudence, qui est aussi une source de droit, montre dans son évolution une tendance indéniable à confondre le retour légal avec le retour conventionnel auquel elle l'assimile de plus en plus : elle révèle cette idée générale qui inspire ses décisions : le retour légal est le résultat d'une volonté présumée par la loi chez le donateur ; c'est une succession contractuelle présumée. On trouvera dans l'article de M. Gaudemet (1) une analyse très fine et très pénétrante de cette évolution.

La conclusion s'impose : le retour légal, au point de vue rationnel, historique, jurisprudentiel, est une succession contractuelle présumée. La loi n'est pas impérative, mais interprétative de volonté. Là où le législateur présume, les parties peuvent bien exprimer le contraire. On peut donc contracter sur un droit de réversion avant son ouverture sans tomber sous le coup de la prohibition qui frappe les pactes sur succession future.

Notre solution a le mérite de répondre « aux exigences de la nature des choses, aux conditions de la vie » (2). Après tout « la meilleure interprétation des lois n'est-elle pas celle qui les plie le mieux aux besoins de l'heure présente » ?

(1) *Op. cit.*, p. 776 à 780.

(2) M. GENY. *Méthode*, p. 179.

CHAPITRE II

SANCTION DE LA PROHIBITION

La sanction de la prohibition, c'est la nullité des pactes sur succession future résultant de l'impossibilité créée par la loi : « on ne peut » disent les articles 791, 1130, 1600, 1389.

Quelle est la nature de cette nullité ?

Nous devons dire tout d'abord qu'en matière de nullité notre théorie est la suivante : il y a trois sortes de nullités :

1) L'inexistence, au cas où il manque à un acte quelque chose d'essentiel pour qu'il existe ;

2) La nullité absolue, nullité par excellence, qui produit effet aussitôt, peut être invoquée par tout intéressé, ne peut être confirmée ni expressément, ni tacitement par un certain laps de temps.

3) La nullité relative, atténuation de la seconde, et création artificielle de la loi, c'est l'annulabilité ; elle ne produit pas effet immédiatement, ne peut être invoquée

que par certaines personnes, peut être confirmée expressément ou par l'écoulement d'un certain délai.

Il est certain que notre nullité n'est pas une inexistence ; car l'interdiction qui nous occupe ne résulte pas de la nature des choses ; c'est un résultat de la souveraineté législative : nous l'avons déjà maintes fois répété. Ce n'est pas non plus une nullité relative, nullité exceptionnelle, qui n'existe pas sans que la loi prenne soin de le dire et d'en réglementer les conditions, les effets (par exemple art. 1304). C'est donc une nullité du droit commun, nullité absolue, impossibilité radicale de l'acte résultant de la volonté législative. Le juge n'aura qu'à se préoccuper de savoir si les conditions de l'acte prohibé sont réunies et au cas de l'affirmative à déclarer la convention sans valeur. Théoriquement la nullité n'a pas besoin d'être demandée ; en pratique, il faut un jugement pour reconnaître l'existence de ses conditions de réalisation.

Des auteurs ajoutent à la nullité du pacte prohibé comme contrat ayant un objet illicite (art. 1128) celle qui résulte pour le contrat de sa cause illicite et ils invoquent l'article 1131. Ceci nous semble superflu et nous avons déjà dit en passant à propos de l'article 900 ce que nous pensions de la détermination douteuse de la cause dans la théorie attribuée au Code civil.

De par ses motifs (morale, sécurité, égalité successorale, etc.), cette nullité est d'ordre public, par suite

peut être prononcée d'office par le juge si aucune partie ne l'a demandée.

Toute personne intéressée peut s'en prévaloir (1) : le successible qui a aliéné ses droits, ses créanciers, l'autre partie (cohéritier ou étranger), le disposant lui-même, futur de cujus, les créanciers de la succession, les légataires, etc. Il suffit d'avoir un intérêt né et actuel.

Cette nullité n'est susceptible d'aucune confirmation ; l'accord de tous les intéressés ne serait encore qu'un pacte sur succession future ; on ne confirme pas ce à quoi la loi refuse toute valeur (art. 1338), mais seulement la simple annulabilité. La confirmation qui intervient après l'ouverture de la succession ne serait pas une ratification, mais un nouveau contrat, valable comme convention sur des droits d'une hérédité ouverte (2). Et ce qui est vrai de la confirmation expresse l'est aussi de la confirmation tacite qui résulte de l'expiration d'un certain délai, depuis que la nullité a été encourue (art. 1304) ; cette ratification présumée est réservée aux annulabilités, et d'ailleurs il serait impossible de remplir les conditions qu'elle exige.

Par contre des auteurs ont admis la prescription trentenaire de l'action en nullité du jour de l'acte prohibé (art. 2262). La convention n'acquiert pas une exis-

(1) Paris, 4 fév. 1863. S. 63. 2. 56. D. 63. 2. 45.

(2) Annecy, 24 déc. 1887. P. 88. 2. 59. C. 13 mai 1884 précit. S. 84. 1. 336.

tence légale pour autant, mais toutes les actions réelles ou personnelles sont éteintes (1).

Néanmoins je ne partage pas cette manière de voir. La nullité entache l'acte de naissance ; aucun laps de temps ne saurait le valider. Cette nullité qui subsiste mais que l'on ne peut pas demander est une subtilité ; un acte nul que personne ne peut attaquer, n'est-ce pas un acte valable ; or « quod nullum est, nullo lapsu temporis convalescere potest ».

L'acte qui est nul en vertu de notre prohibition reste donc sans effets : le successible qui a renoncé, accepté par avance, renoncé au bénéfice d'inventaire, conserve toute liberté pour opter à la mort du de cujus. Le vendeur d'hérédité ouverte n'est pas tenu à la délivrance, l'acheteur ne doit aucun prix ; il peut le répéter s'il l'a payé, réclamer le remboursement des dépenses qu'il a pu faire pour la chose achetée. Le disposant lui-même qui a transmis sa succession par contrat reste libre d'agir à sa guise, de tester par exemple.

La nullité est absolue et ce sont ses effets normaux. Elle diffère de la simple annulabilité dont les conséquences sont moins rigoureuses (2), par exemple au cas

(1) C'est aussi la théorie de la jurisprudence. C. 20 nov. 1845. D. 46. 1. 25.

(2) Seul l'acheteur peut l'invoquer ; elle est susceptible de confirmation expresse, tacite (a. 1304) ; l'acquéreur de bonne foi fait les fruits siens, peut réclamer des dommages-intérêts au vendeur même de bonne foi : je crois que cette dernière solution doit s'appliquer ici aussi.

de vente de la chose d'autrui qui se distingue de la cession d'hérédité future (1).

(1) Le vendeur d'hérédité future vend « un droit en herbe », une expectative, mais on ne peut dire qu'il vende la chose d'autrui.

CHAPITRE III

EXCEPTIONS A LA PROHIBITION

Les exceptions à la prohibition des pactes sur succession future sont nombreuses parce que le législateur a cédé devant différentes raisons fournies par la pratique, et voulu la protection de multiples intérêts : il a facilité la constitution des sociétés en y faisant entrer pour la jouissance seulement les successions futures ; il s'est même montré plus tolérant pour la société conjugale ; il a donné au débiteur un peu plus de crédit en le laissant hypothéquer ses biens à venir dans certains cas, permis différents arrangements de famille au point de vue successoral (anc. art. 761, art. 918. Partage d'ascendant), et enfin sanctionné l'institution contractuelle dans le contrat de mariage par un tiers ou l'un des époux.

Un seul principe général doit dominer l'étude (1) de

(1) Nous n'avons pas la prétention, ceci va de soi, d'exposer la théorie complète de chaque exception, surtout pour les institutions contractuelles et les partages d'ascendants. Nous mentionnerons simplement tout ce qui peut intéresser cette idée : quand la loi permet-elle de recourir au contrat pour transmettre une succession ?

toutes ces exceptions : « exceptio est strictissimæ interpretationis » ; quand les conditions de l'exception ne sont pas réunies on retombe sous le coup de notre prohibition. C'est ainsi que l'on ne saurait voir une exception, en l'absence de texte, dans l'article 1340 ; il permet aux héritiers du donateur de confirmer la donation qu'il a faite de son vivant et qui est nulle pour inobservation des formes solennelles prescrites par la loi. Car l'on n'autorise cette ratification extraordinaire qu'après la mort du donateur. Si on la faisait auparavant, ce serait une convention prohibée par l'article 1130. Cette solution est admise par tout le monde et ne fait aucun doute ; elle résulte de l'application littérale du texte ; Bigot Prémamieu (1), dans l'exposé des motifs, l'a dit expressément ; « ils n'ont aucun droit ouvert et ce serait un pacte sur succession future ». (2).

Mais avant d'entamer l'étude des exceptions certaines que la loi fait à notre prohibition, je veux dire quelques mots sur une question qui intéresse notre sujet.

Il est un principe fondamental de notre droit, écrit dans l'article 1220 au sujet des obligations : les dettes du débiteur se divisent de plein droit entre ses héritiers. Or, il se peut que le créancier, pour la facilité

(1) LOCRÉ, t. XII, p. 405, n° 207.

(2) AUBRY et RAU, t. IV, p. 265, § 337, n° 14. — LAURENT, t. XVIII, n° 598. — BAUD. LACANT., t. II, n° 1743. *Estia*, 10 avril 1854. S. 54. 2. 236. — DEMOLOMBE, t. VI, n° 745.

des poursuites, se refuse à toute division ; en vue d'obtenir son crédit le débiteur engage un seul ou l'un quelconque de ses héritiers d'une manière indivisible au remboursement de la dette. C'est très fréquent dans les obligations notariées.

Pour légitimer cette dérogation à la division des dettes de plein droit on invoque l'article 1221, alinéa 4. « Le principe reçoit exception à l'égard des héritiers du débiteur : — 4° lorsque l'un des héritiers est chargé seul, par le titre, de l'exécution de l'obligation ».

On sent à première vue qu'une semblable clause a une portée considérable et il y a lieu de se demander si ce n'est pas là une exception à notre prohibition. Pour le savoir, il faut rechercher ce que les rédacteurs du Code civil ont voulu dire au juste dans ce texte (1).

Le droit romain avait depuis longtemps émis la règle de la division des dettes, déjà dans la loi des XII tables, et ensuite dans divers textes du Digeste. Une personne ne pouvait pas en s'obligeant charger l'un de ses futurs héritiers de toute l'obligation, ou d'une part plus forte que la part héréditaire de cet héritier (2).

Les autres héritiers n'en sont pas moins tenus de leurs parts viriles ; la promesse par laquelle on enga-

(1) D'après ROLLAND DE VILLARGUES, nos 62, 63, on permet de mettre la totalité de la dette à la charge de l'un des héritiers sans recours contre les autres (mais il contredit le texte) ; c'est une manière de les avantager et il suffit d'observer les règles de la réserve. En ce sens, LAROMBIÈRE, I, a. 1122, n° 46.

(2) L. 56, § 1. *De verb. oblig.*, 45. 1. — L. 137, § final, *Cod. titulo*.

geait au tout celui qui n'était qu'héritier pour parties était, eu égard à l'excédant, comme une promesse faite au nom d'un étranger : « nemo, nisi de se, promittere potest. » Les parties ne peuvent donc pas modifier par leur convention la situation respective de leurs différents héritiers (1).

Mais Dumoulin, en reprenant l'étude du droit romain et notamment la l. 56 § 1. De verb. oblig. 45. 1, fit observer que la convention par laquelle un seul héritier était chargé d'exécuter l'obligation n'était pas contraire à ce texte ; ce dernier ne regarde pas la substance même de l'obligation, mais son *modus* : « unde quemadmodum potest in præjudicium heredum determinari locus, et tempus solutionis, ita et *modus* (2). » Il ne s'agit ici que de la manière dont le paiement sera effectué par les héritiers du débiteur ; cette clause affecte-t-elle la substance même de l'obligation : elle est nulle ; affecte-t-elle simplement le mode de paiement, elle est parfaitement valable.

Pothier (3) reprend la même distinction qu'avait faite Dumoulin et après avoir reconnu que l'on peut obliger quelqu'un de nos héritiers seulement pour la part où il sera notre héritier, il ajoute : l'on peut valablement convenir qu'une dette ne pourra être acquittée en partie par les différents héritiers ; il ne s'agit que de la

[1] VOET, n° 17, in tit. *De reb. credit*, 12. 1.

[2] DUMOULIN, t. II, n° 30 et 31.

[3] POTHIER. *Oblig.*, n° 313, n° 46.

manière dont le paiement se fera. L'héritier n'est toujours tenu que de sa part; il ne doit que sa part.

Ce fut dans Pothier et dans Dumoulin que les rédacteurs du Code civil puisèrent toute la matière de la divisibilité et de l'indivisibilité des obligations. Bigot Prémamieu, dans l'exposé des motifs à la séance du 7 pluviôse an XII (1) indiquait cet obstacle au principe de la division des dettes : « Si l'un des héritiers est chargé seul de l'exécution par le titre de l'obligation ou par un titre postérieur, la volonté qu'a eue le débiteur de dispenser son créancier d'une division incommode doit être remplie... Celui des héritiers qui, dans ces divers cas, a payé plus qu'il n'eût dû en cette qualité, a son recours, ainsi que de droit vers ses cohéritiers, parce que ce n'est pas l'obligation, mais seulement le paiement qui a été à sa charge. »

Ces précédents historiques et législatifs montrent d'une façon bien claire et bien nette quelle a été la pensée du Code civil (2). Ce que la loi permet c'est la clause qui charge l'un des héritiers d'exécuter seul l'obligation sauf son recours contre ses cohéritiers (3). Si, au contraire, les parties avaient voulu imposer à ce seul héritier la charge de l'obligation elle-même, ce

(1) LOCRÉ, t. XII, p. 358, n° 101.

(2) TOULLIER, t. VI, n° 773.

(3) Douai, 2 fév. 1850. D. 51. 2. 133, confirme cette manière de voir, bien qu'en apparence elle semble contraire; mais il suffit de remarquer qu'elle statue sur la question de la poursuite et n'enlève pas aux héritiers qui ont payé, le droit de recourir contre les autres. C. 16 févr. 1858. D. 58. 1. 128.

serait modifier totalement la réglementation du passif successoral telle que la loi entend qu'elle fût faite, et ce serait un pacte sur succession future ; ou bien alors il faudrait qu'elle constituât une des exceptions apportées par le législateur à sa prohibition, comme un partage d'ascendant par exemple ; sans quoi cette clause de la convention serait un véritable pacte sur succession future (1).

Il y va de soi que le mot « titre » employé par l'article 1121, alinéa 4, vise tout aussi bien un testament ou une donation entre vifs qu'une convention ; la clause qui dérogerait à l'article 1220 et dans le sens de l'article 1221, alinéa 4, non pas au sujet du fond de l'obligation elle-même, pourrait y être valablement ajoutée comme condition (2).

Ce que nous venons de dire est vrai pour l'une ou l'autre des clauses prévues (3) : soit que l'on charge du paiement un seul des héritiers, soit que l'on permette au créancier de poursuivre chacun des héritiers pour le tout. C'est toujours le même principe qui doit s'appliquer.

(1) AUBRY et RAU, t. IV, § 301, n° 36. — DURANTON, t. XI, n°s 292, 295, 296. — HUC, t. VII, n° 355. — LAROMBIÈRE, t. III, a. 1221, n° 22. — COLMET DE SANTÈNE, t. V, 157 *bis*, in fine VI. — DEMOLOMBE, t. XXIV, n° 271 ; t. XXVI, n° 571. — MARCADÉ, a. 1122, n° 1 ; a. 1221, n° 2.

(2) DELVINCOURT, t. II, p. 514. — DURANTON, t. XI, n° 295. — AUBRY et RAU, *op. cit.* — LAROMBIÈRE, a. 1221, n° 22. — Dans un testament la clause pourrait viser le fond de l'obligation puisque l'effet ne se produirait qu'après la mort ; mais il n'en est pas de même pour la donation entre vifs.

(3) LAURENT, t. 17, n° 417. — DEMOLOMBE, t. 3, n° 574. — COLMET, t. 5 n° 157 *bis*, VII.

L'article 1221, alinéa 4, n'est donc pas une exception à la prohibition des conventions sur succession future (1) ; il en serait ainsi s'il visait une indivisibilité ayant pour objet le fond même, la substance de l'obligation, alors qu'au contraire il ne règle qu'une question de poursuite, réservant d'une manière expresse dans l'alinéa final le droit pour l'héritier qui a payé de recourir contre ses cohéritiers.

La même question se pose pour une clause d'indivisibilité active au profit d'un seul ou de certains des héritiers du créancier. Nous lui donnerons la même solution.

(A partir de maintenant nous énumérerons rapidement les exceptions législatives à la prohibition, uniquement dans le dessein de pouvoir comparer notre législation à celle des autres pays européens. On trouvera dans tous les traités généraux et particuliers l'étude complète de ces institutions, ce qui nous conduirait ici à des développements considérables.)

Mise en société d'une succession future.

Le Code civil n'a pas reproduit l'exception romaine pour les sociétés de tous biens ; il n'admet qu'une

(1) Contra BAUD. LACANT., t. 2 (6^e édit.), n° 229, mais cet auteur reconnaît bien cependant que serait un pacte sur succession future la privation pour l'héritier de son droit de recours. C'est aller bien loin que de voir dans cette simple clause, affectant le *modus solutionis*, un pacte sur succession future. En notre sens, *Planiol*, t. 2, n° 789, 2^e édit.

atténuation partielle: on peut mettre en société une succession future, mais pour la jouissance seulement dit l'article 1837. Il faut pour cela une clause expresse et claire des parties; l'exception a lieu quels que soient les biens dont il s'agit, que la succession soit déterminée ou non.

Le législateur, toujours favorable au contrat de mariage, a repris l'exception romaine pour une société particulière, la communauté conjugale; les époux peuvent constituer une société universelle (art. 1526) et y faire tomber ainsi pour la pleine propriété leurs successions futures; la clause d'ameublement (art. 1505) est une exception au même titre; dans le régime du droit commun les revenus des successions échues pendant le mariage tombent dans la communauté (art. 1401); il est vrai que c'est l'application de l'article 1837. Enfin, même au cas de régime dotal, la femme peut se constituer en dot des biens à venir, par suite une succession à venir. Ce n'est plus une mise en communauté, mais une sorte de versement à la société conjugale qui résulte de tout mariage.

Hypothèque sur les immeubles d'une succession future.

Nous savons qu'en principe on ne peut hypothéquer les immeubles d'une succession future. Cependant les articles 2129, 2130, le permettent lorsque les biens du débiteur ont déjà été hypothéqués, mais qu'ils sont

insuffisants ou ont péri. Le sens de ces textes est certain d'après les travaux préparatoires (1).

*Convention sur le droit successoral de l'enfant naturel
(ancien art. 761).*

Avant la loi du 25 mars 1896, le Code civil, défavorable aux enfants naturels, permettait aux parents de se débarrasser une fois pour toutes de ces « créanciers odieux » par la donation entre vifs de la moitié de leur part dans leur succession ab intestat, en déclarant réduire ses droits héréditaires à cette libéralité. L'enfant qui avait reçu moins de cette moitié pouvait intenter une action en complément ; bien qu'il fournit son acceptation comme en toute donation, par ce forfait à lui imposé il faisait plutôt une renonciation partielle et forcée. La loi de 1896 n'étant pas rétroactive a laissé subsister les conventions antérieures à sa publication. C'est bien un don irrévocable de droits successoraux, puisque c'est une donation entre vifs et qu'il doit y avoir tradition réelle de la chose donnée. La jurisprudence admet cette dernière condition et voit (2) cependant une manifestation de la puissance paternelle dans l'exercice de ce droit par les parents. Toute la doctrine est en sens contraire ; c'est une véritable donation successorale (3).

(1) BIGOT-PRÉAMNEU. Conf. C. liv. VII, p. 78.

(2) D. R. V. *Succ.* n° 322, 323, 326.

(3) L'exception n'existe qu'autant, bien entendu, que l'on remplit à la lettre les conditions du texte.

Article 918.

Une personne aliène un bien à charge de rente viagère, ou à fonds perdu, ou avec réserve d'usufruit, à l'un de ses successibles en ligne directe ; la loi présume que l'acte est une donation, soumise à la réserve et au rapport ; mais elle ouvre aux parties le moyen d'éviter cette présomption : c'est d'obtenir des autres successibles en ligne directe leur consentement à l'aliénation qui devient sincère aux yeux de la loi. Il n'en est ainsi que vis-à-vis des héritiers qui sont expressément intervenus ; mais ils n'ont aucune forme particulière à observer ; ce consentement peut être gratuit ou à prix d'argent, c'est l'affaire des parties. Cette exception légale est un souvenir du droit des origines barbares et des coutumes.

Partage d'ascendant entre vifs.

Le Code civil régleme le partage d'ascendant dans les articles 1075 à 1080 ; nous laissons de côté le partage testamentaire sans intérêt pour nous et nous ferons une allusion rapide au partage par donation entre vifs sur la nature duquel on a beaucoup hésité ; les uns y ont vu une ouverture anticipée de la succession (1) ; les autres (2) le scindent en donation actuelle et irrévocable

(1) C. req. 2 fév. 1845. D. 45. 1. 49. S. 45. 1. 305.

(2) GENTY. *Part. d'ascend.*, p. 214. C. 23 mars 1887. D. 87. 1. 400.

et partage éventuel ; enfin, un troisième système en fait une donation ordinaire avec un partage définitif et complet (1). A mon avis, les donataires co partagés sont des héritiers contractuels avec deux particularités : une attribution de parts provisoire et un avancement d'hoirie ; cela est si vrai que personne n'admet, ou à peu près, l'ouverture des actions en nullité et en rescision du partage avant la mort de l'ascendant, et que l'on ne peut nier le caractère de donation entre vifs à la donation-partage. Par cette conception on répond très bien à l'intention du disposant.

Le partage ne peut être fait que par un ascendant (art. 1075), au profit de tous les enfants du disposant (art. 1078) vivants et acceptants, sur tout ou partie des biens présents (art. 1077). Il faut la même capacité et les mêmes formes que pour les donations entre vifs (art. 1076).

Durant la vie du donateur, c'est un avancement d'hoirie, actuel et irrévocable (sauf les art. 954 et 955), plus ou moins étendu selon la teneur de l'acte ; comme tout contrat, il peut encourir des nullités (vices de consentement, de formes ; omission d'un enfant, rescision pour lésion de plus du quart, réduction réservataire, etc.) Les enfants ne sont que des donataires avant la mort de l'ascendant ; mais après sa mort ils sont de véritables héritiers contractuels (2) : ils ont les trois parts de

(1) AUB. et RAU. VII, § 728, n° 2, p. 3. 4. — PLANIOL. III, n° 3376, 2^e édit.

(2) Tenus du passif dans la proportion de leur émolument.

l'option ; de co partagés éventuels, ils deviennent des co partagés définitifs, se doivent la garantie, le paiement des soultes, subissent le privilège de l'article 2103. A ce moment peuvent être intentées toutes les actions en rescision ou en nullité qui découlent du partage.

Si l'une des nombreuses conditions du partage d'ascendant entre vifs fait défaut, on retombe sous le coup de la prohibition (1). Ajoutons que cette libéralité peut être affectée de la charge de renoncer à une succession ouverte et nous n'avons qu'à renvoyer à ce que nous avons dit à propos de l'article 900.

L'institution contractuelle.

Le « don de succession », comme disaient les anciens auteurs, est l'institution qui se rapproche le plus du type idéal de la succession contractuelle positive. Le disposant, dans un contrat de donation avec l'institué, lui transmet sa succession. Nous ne reviendrons pas sur la nature de l'institution contractuelle dont nous avons déjà vu les différentes analyses ; on a traité « d'hybride, amphibie, hermaphrodite » un acte qui est bien plus naturel, moins illogique que le testament ; cette qualification de l'institution contractuelle provient de l'influence des idées romaines ; cependant la transmission contractuelle offre beaucoup d'avantages.

Les conditions, les formes, les effets de l'institution

(1) C. 27 juill. 1899. D. 1900. 1. 191.

d'héritier par contrat sont dominés par deux idées : l'institution est une exception à notre prohibition ; d'autre part, elle est une succession et un contrat. Une personne quelconque, capable de donner entre vifs, peut faire une institution, pourvu que ce soit dans le contrat de mariage du ou des époux que l'on institue (article 1082), au profit seulement de ces derniers ou de leurs futurs enfants, qui, d'ailleurs, leur sont tacitement substitués. L'institution peut être universelle, à titre universel ou particulier.

Comme contrat elle est irrévocable ; le disposant ne peut plus transmettre à un autre ce qu'il a aliéné à titre successoral au profit de l'institué. S'il ne peut plus aliéner à titre gratuit, il peut toujours aliéner à titre onéreux l'objet de l'institution ; le titre de l'héritier est certain, mais non pas son émolument (art. 1083). La nature du droit de l'héritier, nous la connaissons déjà.

Après la mort de l'instituant, l'institué est un héritier ordinaire et il se comporte comme tel : il a les trois partis de l'option ; héritier par contrat, il est l'héritier par excellence : il a la saisine ; il est tenu des dettes d'après son titre. On applique les règles de la réserve et du rapport.

Si elle réunit les conditions que nous venons de voir, l'institution peut être faite sous forme de promesse d'égalité (1).

(1) Mais la clause d'association n'est plus possible.

Le donataire cumulatif de biens présents et à venir (art. 1084, 1085) qui accepte la donation comme telle est assimilé à l'institué contractuel par notre loi.

Faisons remarquer aussi que la donation par contrat de mariage avec obligation de payer les dettes futures du donateur est également une exception à notre prohibition (art. 1086).

Enfin l'institution contractuelle peut être faite par l'un des futurs époux en faveur de l'autre, dans leur contrat de mariage (art. 1093).

Donation de biens à venir entre époux.

Le Code civil (art. 947 et 943 cbn.) permet aux époux de se donner des biens futurs, particulièrement tout ou partie de leur succession. Mais ces donations sont toujours révocables (art. 1096). On a beaucoup discuté la nature de ces libéralités à cause de cette révocabilité. Il semble qu'elles se rapprochent davantage des donations entre vifs auxquelles la révocabilité est moins contraire que l'effet immédiat au testament. Somme toute, c'est une succession contractuelle, parce que l'acte est mixte, tant que le disposant ne lui a pas porté atteinte : elle produit les mêmes effets, mais elle est toujours menacée dans son existence (1).

(1) Pour toutes ces donations par contrat de mariage on applique l'article 900 et sa théorie au cas de charge de renoncer à succession future.

CONCLUSION

SYNTHÈSE DE LA TENDANCE DU DROIT ACTUEL

Au terme de l'étude que nous avons consacrée au droit actuellement en vigueur chez nous, il semble indispensable de chercher à dégager l'impression générale que nous laisse le travail accompli, avant d'examiner les systèmes législatifs que nous offrira l'étude du droit comparé.

Il ne s'agit pas de résumer ici les chapitres consacrés à l'examen de la prohibition des pactes successoraux dans notre droit. Nous voulons découvrir quelle est la tendance du droit français sur cette question ; ce droit ne résulte pas seulement d'un texte législatif, qui ne saurait prétendre fixer son état pour de longues années et le rendre immuable, mais il est essentiellement animé d'un mouvement incessant ; il ne s'arrête jamais et cette évolution est l'œuvre de tous les « ouvriers du droit (1) » : de la jurisprudence, de la doctrine, des praticiens ; les transformations successives prises isolément sont insensibles ; et pour les analyser, il faut les envisager dans leur ensemble ; on peut alors connaître la direction de leur mouvement.

(1) Comme nous l'avons vu dans l'introduction générale.

Le Code civil prohibe les pactes sur succession future ; une application aveugle de cette défense conduit à des résultats regrettables, par exemple à déclarer nulle une convention sur succession ouverte et sur succession non ouverte, malgré l'offre par le débiteur du prix total (1) ; ou bien à annuler l'engagement par un légataire dans le testament, d'exécuter certaines dispositions, bien que d'après les circonstances du fait ce soit un simple engagement d'honneur (2). (Je ne parle pas, bien entendu, des nombreuses conventions qui furent annulées par l'application exacte du texte, et qui cependant n'avaient qu'un but très louable (3) : ceci rentre dans l'appréciation du système français au point de vue législatif). Mais ces décisions sont restées isolées et sont peu importantes en présence de la tendance générale, révélée par la doctrine et la jurisprudence, à limiter toujours un peu plus l'application de notre prohibition ; la direction de ce mouvement est indéniable ; elle s'accuse davantage de jour en jour. Malgré la prédominance de la méthode traditionnelle, critiquée par M. Geny, dans son ouvrage magistral, les adeptes de cet ancien système sont néanmoins entraînés par le développement de forces internes qui lui ont donné une certaine activité créatrice. On est arrivé peu à peu à tenir compte de la nature des choses tout en croyant

(1) Orléans, 24 mai 49, précit.

(2) Paris, 12 nov. 58, précit.

(3) Par exemple. C. 13 mai 1884, précit.

interpréter ou supposer la volonté du législateur. On satisfait à l'équité tout en faisant remarquer cependant que le législateur n'aurait pas voulu la méconnaître, ni ignorer les nécessités pratiques de la vie. Nous examinerons les principales manifestations de cette tendance en suivant l'ordre que nous avons adopté pour étudier la prohibition des pactes successoraux.

Il ne fut d'abord jamais question de faire rétroagir la loi prohibitive ; les conventions successorales antérieures au Code civil reçurent leur entière exécution ; la Cour de cassation a validé leur confirmation faite par les parties après 1804.

La jurisprudence (1) s'est souvent montrée très scrupuleuse pour reconnaître l'existence d'un contrat ; quelquefois l'acte incriminé revêtait bien le caractère contractuel ; en écartant ce caractère, on a pu éviter la nullité ; les tribunaux ont obéi à des motifs d'équité et de justice : ainsi un père s'engage dans le testament de son fils à acquitter un legs rémunératoire en faveur d'une vieille domestique ; on a préféré voir dans cet engagement l'exécution d'une obligation naturelle (2) ; c'était bien un pacte défendu par l'article 1130, d'autant plus que d'autres cours ont annulé ce contrat, quand il n'y avait pas les mêmes raisons d'équité pour le maintenir.

(1) La jurisprudence a maintes fois tranché avec un sens droit et sûr la plupart des questions dans le sens des besoins pratiques actuels.

(2) Grenoble, 12 fév. 1829. D. Rep. V. *Oblig.*, n° 445. 1°.

Les arrêts ne veulent reconnaître un contrat qu'en présence de l'évidence; la Cour suprême a déclaré valables des testaments réciproques et mutuels entre époux (1), parce qu'elle a laissé de côté leur caractère corrélatif; elle les a considérés comme des actes séparés (ils ne l'étaient que matériellement pour éviter de tomber sous le coup des art. 968 et 1097 du C. civ.); mais l'intention des testateurs était au fond de se lier l'un à l'autre, de se faire un don mutuel. Nous verrons qu'en droit allemand on a très bien compris le caractère d'un pareil testament (2): on l'a assimilé, dans tous les cas, au contrat successoire, ou Erbvertrag, qui est une institution du droit commun. Ce procédé, qui consiste à isoler les deux dispositions, se retrouve quand on rencontre un engagement d'exécuter un testament: un légataire promet pour après sa mort de remettre une somme aux héritiers du testateur; la Cour de Paris (3) fait remarquer que la liberté du testateur est maintenue et oublie qu'en réalité, il teste pour autrui. Au fond on voulait maintenir une intention très louable, celle de conserver les biens dans la famille, mais on sanctionnait une convention créatrice de dévolution héréditaire.

La question de savoir si une succession est ouverte

(1) C. civ. 11 déc. 1867. D. 67. 1. 471.

(2) V. Aussi à propos du testament, le testament pour autrui fait par un médecin de Paris, que la Cour annule pour ce motif, plus haut, p. 331.— M. LAMBERT proteste énergiquement contre cette solution qu'il déclare contraire aux vrais principes de la prohibition.

(3) 23 nov. 1876. D. 77. 2. 111.

ou non avait soulevé de longues hésitations pour trancher le sort de la convention qui portait à la fois sur une succession ouverte et sur une succession non ouverte ; le pacte pris en considération avait-il au total, ou en partie seulement le caractère éventuel qui devait le faire prohiber. Il suffit de rappeler que la doctrine, la jurisprudence repoussent aujourd'hui toute indivisibilité entre les éléments de ce contrat ; le contrat subsiste dans la mesure où l'on traite de droits successifs qui sont ouverts.

Quant à constater qu'il s'agit réellement d'une succession future la jurisprudence l'a souvent évité adroitement ; s'ils peuvent faire passer l'objet de l'acte pour une autre opération qu'une cession de droits successifs par avance, les tribunaux s'empressent de l'effectuer pour répondre à l'intention louable des parties : une fille sans fortune désire se marier ; elle apporte une dot en argent ; son père en garantit le paiement vis-à-vis du futur ; on indique qu'il s'engage « pour avances faites à sa sœur sur les successions qu'elle pourra recueillir un jour (1) ». La voie est détournée, mais c'est un emprunt sur succession future ; la Cour suprême refuse d'y voir l'aliénation d'aucun droit successif. Nous avons admis également que ce n'était pas pactiser sur succession future que de dispenser du rapport en nature en obligeant au rapport en moins prenant (2) ; et ce-

(1) C. 12 juill. 1869. D. 71. 1.59.

(2) Riom, 9 déc. 1890. D. 92. 2. 237. 7 janv. 1891. D. 92. 2. 241.

pendant l'on viole quelque peu l'article 922 ; on substitue au mode légal du partage un forfait, une renonciation de la part d'un successible à son droit héréditaire. Enfin l'on s'est bien servi du caractère actuel et irrévocable attaché au droit du substitué, ou du donataire co-partagé dans le partage d'ascendant entre vifs pour faire échapper à la prohibition les conventions qu'ils font sur leur droit avant son ouverture ; ce sont là des conséquences de la pratique ; il faut bien que la protection légale du substitué ne se retourne pas contre lui, que le but poursuivi par l'ascendant dans un partage entre vifs soit réalisé.

Le pacte sur succession future est nul ; néanmoins la jurisprudence cherche à tempérer la rigueur de cette sanction ; des tribunaux ont prétendu ne plus admettre l'action en nullité, quand les parties pouvaient opposer la prescription décennale (art. 1304) ; on s'est aussi laissé influencer par l'apparente vérité de la maxime : « cessante ratione legis, cessat lex » ; on écarte la prohibition en acceptant une confirmation du pacte successoral après l'ouverture de la succession. Enfin l'on repousse toute action en nullité quand trente ans se sont écoulés depuis la conclusion du contrat successoire ; la jurisprudence est très ferme en ce sens.

Le législateur a fait plusieurs exceptions à son interdiction et la pratique tend de plus en plus à les étendre ; ce mouvement est encore peu accusé, mais il commence bien à se révéler néanmoins. C'est ainsi qu'un parti

important de la doctrine, de la jurisprudence a vu une sorte d'institution contractuelle valable dans la clause d'un contrat de mariage qui réservait les acquêts de la communauté aux enfants à naître (1) ; d'ailleurs, cette théorie s'appuie très sérieusement sur les travaux préparatoires.

En conclusion, la tendance à éviter la prohibition se révèle dans le droit actuel par des signes dont la portée n'est pas discutable. Où elle se montre le plus, c'est à propos des conventions sur les biens d'un absent, des libéralités sous condition de renoncer à une succession future, des renonciations au retour légal.

On a compris combien était importante la question de savoir s'il fallait considérer la succession d'un absent comme une hérédité future ou comme une succession ouverte ; la jurisprudence, la doctrine, ont montré la plus grande diversité ; de nombreux efforts ont été tentés pour sortir du doute ; en réalité, la difficulté provenait de l'existence de cette prohibition, création artificielle de la loi, et non pas de l'absence, résultat inévitable de la nature des choses. La jurisprudence est arrivée à écarter la prohibition, ou tout au moins à ne pas l'appliquer d'une manière aveugle comme bien des systèmes l'avaient proposé ; elle a adopté le meilleur système en pareil cas (2) ; à celui qui invoque la

(1) TROPLONG. *Cont. d. mar.* III, n° 1858. C. 10 juill. 1888. D. 90. 1. 57. S. 90. 1. 517.

(2) C. 14 août 1871. D. 71. 1. 93.

nullité de l'acte comme pacte sur succession future de prouver que l'absent vivait au moment de sa confection.

En présence de l'article 900, il fallait réagir contre ce résultat désastreux, contraire à l'intention du disposant : le maintien de la donation et la suppression de la condition illicite (1) ; avec la théorie de l'acte à titre onéreux d'abord, de l'option ensuite pour la condition particulière de renoncer à une succession future, la jurisprudence crée une nouvelle exception à la prohibition ; une analyse pénétrante donne au bénéficiaire de la libéralité un choix entre la gratification et la succession ; mais dans le fond, cette prétendue option qui lui est ouverte, ne viole-t-elle pas la théorie générale de l'option offerte à tout successible (art. 775, 791) ; n'y a-t-il pas une sorte de contrainte morale qui s'impose à son esprit ; rien ne peut légitimer dans le Code civil cette exception à la prohibition qui est absolue ; on ne peut fournir à ce système une base inexpugnable.

On se sent très bien sur un terrain nouvellement préparé et qui peut céder à chaque pas (2).

(1) On encore l'époux qui teste en faveur de l'autre, mais à condition de restituer la fortune plus tard à des héritiers naturels. Paris, 12 nov. 1858. D. 50. 2. 131.

(2) C'est une des applications isolées en France de la théorie de l'école historique (Savigny et Puchta) d'après laquelle la source unique du droit c'est la conscience populaire dont la loi n'est qu'un dérivé pour faire pénétrer dans la vie les germes féconds ; la loi ne doit donc pas s'écarter de cette conscience. Le texte légal, une fois constitué, se détache

Enfin, et ceci est notre dernier mot, le suprême effort jusqu'aujourd'hui a été fait par la jurisprudence, la doctrine, la pratique, lors de la question soulevée par la renonciation au retour successoral. On n'a pas oublié cet immense concert de protestation ; ce fut un mouvement général ; la Cour suprême est restée seule de son avis, attaquée par toutes les Cours d'appel et par la grande majorité de la doctrine. Ce qui fut fait lors de ce grand débat, ce fut le procès de notre prohibition ; on a essayé de la renverser avec l'ardeur la plus vive : partout, dans le domaine de ses exceptions (l'espèce aurait été une institution contractuelle) dans la sphère de son application (les conditions ne sont pas réunies), dans son fondement même (absence de ses motifs et ce fut le coup le plus terrible), on a cherché des armes pour la détruire.

de la pensée du législateur pour vivre d'une vie indépendante, il devient une entité, soumis à la loi d'évolution, « essentiellement subordonné, au milieu social et devant de par sa nature en suivre tous les mouvements. Ce qui justifie l'interprète, non seulement de négliger l'intention du législateur, mais de torturer le texte et de le violenter, au besoin, pour en tirer tout autre chose que ce que le législateur y a voulu mettre, pour y trouver, même quand il le faut, ce que les exigences de la vie lui paraîtraient requérir ». On n'a pas fait autre chose en créant la théorie de la cause impulsive. Certainement ce principe est fécond, empêche la loi de vieillir. Mais bien que la loi, en tant qu'acte de volonté humaine, subisse des transformations sous l'influence du milieu ambiant, il n'empêche que c'est avant tout une expression de volonté intelligente et que par suite il ne faut pas à un pareil degré méconnaître l'intention qui a agi. — M. GENY. *Méthode*. III^e part. ch. 1, sect. 1, § 97, p. 224 à 230. Cette tendance de la jurisprudence dans l'a. 900 révèle donc bien le malaise général produit par la prohibition qui nous occupe, au point de vue particulier des renonciations comme condition d'un acte gratuit.

Nous avons vu que le retour légal était une succession contractuelle présumée et que par suite il ne pouvait être question de pactes sur succession future ; la volonté des parties peut bien détruire l'intention que la loi a cru devoir leur prêter. Mais en dehors de cette solution, ce qu'il y a d'important à signaler, c'est l'hostilité générale contre la prohibition, animosité dont le mouvement s'accroît de plus en plus. Sans la Cour suprême, qui s'est posée en gardienne trop jalouse et trop vigilante du texte légal, je crois qu'à la suite du dernier assaut qui lui a été livré, cette forteresse aurait été entamée d'une large brèche.

En tous cas, ce sont là des signes précurseurs, présages des temps nouveaux ; il ne nous reste plus qu'un devoir : demander la réponse de l'avenir aux législations étrangères ; car c'est de celles-ci certainement que viendront bientôt les textes qui remplaceront cette loi surannée.

La route est maintenant toute droite ; il y a quelques chaos dus aux pierres du chemin, mais sa direction ne changera plus.

Toute cette tendance de notre droit actuel nous a révélé, remarquons-le en passant, une fois de plus, qu'à côté de la loi s'est formée une jurisprudence qui cherche à répondre aux exigences sociales.

DROIT COMPARÉ

Il nous reste maintenant à étudier les différents systèmes législatifs présentés par la communauté internationale européenne sur la succession contractuelle. Nous nous sommes limités aux pays qui, par leur race, leur langue, leurs mœurs, leur origine, leur histoire, etc., semblent se rapprocher le plus du nôtre, et nous nous sommes particulièrement occupés des solutions fournies par les législations de l'Allemagne, de l'Italie, de l'Espagne, du Portugal, de la Suisse, de la Russie, de la Suède, de la Norvège, du Danemark, et enfin de l'Angleterre.

LE DROIT GERMANIQUE

Nous diviserons l'étude du Droit allemand en deux parties :

I. Evolution historique de la succession contractuelle en Allemagne ;

II. Le Droit actuel de l'Empire allemand.

PREMIÈRE PARTIE

L'EVOLUTION HISTORIQUE DE LA SUCCESSION CONTRACTUELLE EN ALLEMAGNE

Nous savons qu'aux époques primitives, les peuplades barbares qui se sont établies en Europe, à la suite des grandes invasions, particulièrement les Germains, les Lombards, les Francs ignorent le testament, la parenté est la seule source de dévolution héréditaire. A défaut de parenté, on remplace ses effets par une parenté artificielle résultant de l'adoption héréditaire au moyen d'affatomies. Ces premiers germes de succession contractuelle se développeront amplement dans les pays allemands au cours de l'histoire, grâce à l'importance accordée à la Treue, la fiducia. Au moment de la réception du droit romain, les institutions nationales subiront l'assaut des romanistes, mais finiront par sortir victorieuses de la lutte engagée. La renommée du Pandektenrecht passera bien en effet les frontières, mais elle devra céder peu à peu le pas à celle du

Deutsches Privatrecht, droit commun issu des traditions purement germaniques.

Nous diviserons cette étude historique en trois sections :

Section I. — Le Moyen-Age ;

Section II. — Du Moyen-Age au xix^e siècle ;

Section III. — Le xix^e siècle.

SECTION I

LE MOYEN-AGE

Contrats successoires (Erbverträge)

Au début du moyen-age, on rencontre beaucoup de donations à cause [de mort (Vergabungen von Todeswegen), transmissions contractuelles, issues des contrats primitifs (affatomie salique), et qui se faisaient par charte scellée ou par tradition en justice (comme au mallus chez les Saliens, devant le roi chez les Ripuaires, devant les hommes libres chez les Lombards (1). Ce n'était pas un testament, mais un contrat où le donateur transmettait au bénéficiaire un droit éventuel avec saisine (Gewere) tout en conservant la possession (Besitz) ; il lui donnait la potestas et conservait l'usus. Le bénéficiaire était son héritier contractuel.

(1) BESELER. I, § 6. — SCHIFFNER. *Erbvert.* § 6, p. 23. — STOBBE. *Handb. d. deut. Privatr.* V, § 299, 3^e édit.

L'objet du contrat successoire était le plus souvent des immeubles (1), des fonds de terre ou maisons. Le bénéficiaire en devenait propriétaire sauf à en laisser la jouissance au donateur ; on arrivait à ce résultat le plus fréquemment en créant entre eux une copropriété. Le donateur devait respecter les droits des héritiers réservataires à moins qu'ils n'aient consenti à leur dépouillement. D'autre part, lié par son contrat, le donateur ne pouvait nuire au droit du gratifié par aucun acte gratuit ; il n'avait le droit d'aliéner la chose donnée à titre onéreux qu'en cas de nécessité absolue, d'indignité du bénéficiaire, ou s'il se l'était réservé.

Bien que soumis à la survie du donataire, son droit était transmissible à ses héritiers, sauf intention contraire.

Quant aux meubles, ils semblaient ne pouvoir faire l'objet d'un contrat successoire ; ils n'étaient susceptibles que d'une transmission complète de propriété : « Hand muss Hand bewahren », « donner et retenir ne vaut ». De plus, on voyait dans une donation de ce genre une spoliation des héritiers, surtout quand le donateur l'avait faite peu de temps avant sa mort, à moins qu'il s'agît de faibles dons. Cependant, on arriva peu à peu, d'abord dans les villes, à les assimiler aux immeubles à cet égard, pourvu que les héritiers y consentissent (seulement dans certains pays). Les effets

(1) DRIoux. *Bull. de la Soc. d. legisl. compar.*, 1890, p. 650.

produits par le contrat successoire étaient sensiblement les mêmes qu'au cas d'immeubles, mais on tendait à assimiler le donataire à un légataire. Néanmoins, le droit du bénéficiaire existait immédiatement, et n'était suspendu que dans son exécution.

Enfin, le contrat successoire était fréquemment le moyen de transmettre le patrimoine tout entier ou une quote-part de l'universalité. Au début, la conception du patrimoine, comme *universitas juris*, était inconnue, et les meubles étaient considérés comme accessoires des immeubles dont ils suivaient le sort (1); l'acte se faisait en justice, était enregistré au greffe du bailliage. Quand la nécessité d'une tradition eut disparu, on put transmettre ainsi, avec les biens présents, même les biens futurs (xiii^e siècle) (2). Le disposant se réservait la jouissance viagère du patrimoine (formulaires allemands, bavares) et ne pouvait nuire au gratifié, ou bien il faisait de lui son copropriétaire; tout ceci, bien entendu, sauf les clauses de réserve particulières. Le bénéficiaire avait le droit éventuel d'un héritier contractuel (3), droit qui devenait complet à la mort de son auteur.

Les contrats successoires étaient fréquents entre époux, et sous les trois formes que nous venons de voir; ils étaient souvent réciproques, soumis à la con-

(1) MARGULF. *Form.* I. 12. II. 3. Capit. d. Charlemag. 806. C. 11.

(2) BESELER. I, p. 184 à 187; 172 à 174.

(3) Transmissible à ses héritiers.

dition de non-survenance d'enfants : « Kinderzeugen bricht Ehestiftungen ».

La Féodalité fut aussi l'occasion de contrats successoires particuliers, les Erbverbrüderungen, les pactes successoires réciproques entre deux familles nobles, dont l'une devait succéder à l'autre au cas d'extinction de la race par la disparition de tous les membres de cette dernière : Tous les membres successibles de chaque maison participaient au contrat. On évitait ainsi la main-mise impériale et protégeait la puissance de la famille menacée. On constituait une sorte de copropriété avec impossibilité d'aliéner.

D'autre part, semblables aux sociétés taisibles de notre moyen âge, les associations par Gesamnte Hand constituées chez les serfs allemands étaient indirectement des institutions contractuelles.

Renonciations successorales (Erbverzichte).

Les peuples primitifs excluaient les filles de la succession de leurs père et mère ; la renonciation permit de suppléer au défaut de cette exclusion. L'assentiment des réservataires aux aliénations de leur auteur était déjà une renonciation indirecte : « abdicatio ». Peu à peu la renonciation devint un acte bilatéral. Pratiquée pour conserver la splendeur du nom et les biens dans la main de l'aîné, elle s'étendit à tout le patrimoine.

(1) BESELER, § 13, p. 222.

La renonciation des filles ou des puînés avait des effets plus ou moins étendus selon qu'elle était absolue : in rem ou en faveur d'une personne déterminée : in personam.

Cette institution tenait à cœur à la noblesse allemande et le droit romain n'arriva pas à la faire disparaître ; le droit canonique offrit un expédient qui fut une planche de salut : « même si la *lex civilis improbet* » la renonciation, la confirmation sous la foi du serment validait cette dernière, pourvu cependant que le renonçant ne subît pas une « *læsio enormis* ». Seuls les effets précis de la renonciation donnaient lieu à controverse.

Pactes sur la succession d'autrui (Erbschaftsverträge).

Ici l'influence du droit romain fut prépondérante. Tout contrat sur la succession d'une tierce personne encore vivante était nul (Lübeck et le sud de l'Allemagne), à moins que le futur de cujus n'y eut donné son assentiment (Francfort-sur-le-Mein). Mais la sanction de l'indignité qui accompagnait la nullité en droit romain avait disparu (1).

(1) STORBE, *op. cit.* Bemerkung, § 311.

SECTION III

DU MOYEN AGE AU XIX^e SIÈCLE**Contrats successoires**

A cette époque les traditions germaniques ont à lutter contre le droit romain ; la confirmation sous la foi du serment sert à valider aussi le contrat successoire menacé maintenant dans son existence comme la renonciation. L'ingéniosité des juristes allemands arrive à protéger cette institution nationale par divers arguments : validité de la donation de biens à venir en droit romain ; le pacte successoire entre militaires (1) ; les intentions pieuses du contrat successoire dans bien des cas ; la disparition des motifs de la prohibition romaine ; au xiv^e siècle la fixité d'un droit coutumier dans ce sens. On veut surtout maintenir le pacte successoire réciproque entre époux que l'on représente comme une sorte d'acte à titre onéreux ; les *pacta dotalia* (*simplicia* ou *mixta*) sont fréquents, comme les affrérissements d'enfants nés de lits différents (*unio prolium*, *Einkindschaft*) (2).

D'autre part, dès la fin du xv^e siècle, les statuts particuliers de différents pays réglementent le contrat successoire (ils ne varient que dans les détails) surtout

(1) L. 19. C. *De Pactis*, 2, 3 et aussi l'exception de l. 27. D. *De act. emp. et vend.* 19. 1.

(2) BESELER, *op. cit.*, p. 137.

entre époux. Il est vrai qu'ils le déclarent révocable et semblent le confondre un peu avec le testament. (Réform. de Worms, IV, 2. Statuts de Fribourg. Gerichtsordnung de Bâle, § 159. Constitutions de Saxe, II, 43. Réform. de Francfort, III, § 4, 5. Henneberger Landesordnung, III, 3, 4. Dans la *Öester. Gesetzb.*, § 602 et *Bern. Gesetzbuch.*, ce sont de véritables institutions contractuelles).

Malgré une dernière et vive réaction de la conception romanistique au XVIII^e siècle, la conception germanistique triomphe complètement et il devient un principe de droit commun (*gemeinrechtlich*), que, même sans un statut exprès, on peut disposer de sa succession par contrat comme par testament (1). A l'encontre de Stobbe, c'est l'avis de Beseler, Hartmann, Windscheid; le contrat successoire est le produit d'une lente évolution qui commence à l'affatome salique. Les juristes allemands, conciliant les statuts particuliers et le droit romain, furent comme les nôtres à cette époque, Dumoulin, par exemple, d'éminents comparatistes et leur *opinio communior* constituait une réelle source du droit; leur mission était délicate; ils s'accordaient, d'ailleurs, avec la pratique, la jurisprudence, le droit canonique, trouvaient un puissant auxiliaire dans la *Treue* allemande (ce qui ne légitimait plus la prohibition des Romains aux mœurs indignes), voyaient une analogie

(1) BESELER. I, p. 119. 141. 145. *Windscheid Pandekt.* III, § 529, n^o 2, 8^e édit.

dans la *donatio mortis causa*, pour déclarer valable le contrat successoire. L'institution contractuelle n'était pas une hypothèse d'école, mais une création juridique pleine de vie, en perpétuelle voie de progrès et le maintien de la prohibition romaine eut été la négation des traditions nationales (1).

Renonciations

Les renonciations devenaient toujours à cette époque de plus en plus fréquentes ; le droit canonique les avait sauvées et leur validité n'était plus contestée ; on n'exigea bientôt plus le serment. Le fils à son établissement, la fille à son mariage recevaient une dot et renonçaient à la succession de leurs parents.

La renonciation se faisait en justice, ou au greffe du bailliage. Le renonçant exprimait sa déclaration vis-à-vis de la personne à la succession de laquelle il renonçait, ou même vis-à-vis du bénéficiaire indirect de la renonciation. Il devait avoir la capacité de s'obliger ; d'ailleurs, comme on le sait déjà, il ne devait pas subir de *læsio enormis* ou *enormissima* ; la renonciation était rarement absolue, presque toujours *in personam*.

Les renonciations des filles de la noblesse étaient les plus rigoureuses et faisaient souvent l'objet de statuts particuliers pour chaque maison ; aussi elles se

(1) PUCHTA. *Gewohnheitsrecht*, I, p. 163. 164.

maintinrent plus nombreuses et plus efficaces que dans la bourgeoisie. Il y avait en Allemagne comme chez nous des exclusions, renonciations présumées; enfin, il était rare que les renonciations fussent in personam; presque toujours elles étaient in rem.

Pacte sur la succession future d'autrui

Nous exposerons les deux périodes dans la section III.

SECTION III

LE XIX^e SIÈCLE

Le principe général est maintenant fermement établi : à côté de la loi, du testament, il y a une troisième source de dévolution héréditaire : le contrat, pour créer, anéantir ou transformer une vocation successorale.

Contrat successoire ou institution contractuelle.

Le contrat successoire peut avoir pour objet l'universalité, une quote-part ou un objet particulier de la succession de l'instituant (1).

(1) PREU. L. 1. 12, § 617 s. — BAIER G.-B. III. 11. — SÄCHS G.-B. 2542. Wurtemb. III, § 2. 1. Il existe encore quelques Erbverbrüderungen.

Institution d'héritier universelle ou à titre universel.

L'une des parties fait de l'autre son héritière pour la totalité ou une quote-part de son patrimoine ; l'institution peut être réciproque. Les parties doivent avoir la capacité de tester et celle de s'obliger ; seul le bénéficiaire peut se faire représenter, lorsqu'aucune charge ne lui est imposée. Le disposant incapable doit se faire habilitier (femme mariée, mineur).

Les statuts particuliers exigent des formes pour faire le contrat (notariée, judiciaire, ou testamentaire). En cas de silence des textes, on se demandait si, de droit commun, il fallait suivre certaines formes ; d'après certains auteurs (1), tout formalisme avait disparu et par suite la négative s'imposait. Mais la majorité de ceux (2) dont l'avis a prévalu ont allégué pour l'affirmative les traditions historiques, l'exemple du testament qui est cependant unilatéral, la facilité de la preuve.

On peut comprendre dans le contrat successoire tout ce qui peut faire l'objet d'un testament ; la règle romaine « *Nemo pro parte testatus...* » a disparu. La libéralité peut être affectée d'une charge ou condition qui est réputée non écrite comme chez nous, si elle est impossible ou illicite (3) : du moins c'est l'avis de la

(1) BESELER. I. 1, p. 51. 233. — WINDSCHEID. *Pandekt.* III, § 632.

(2) STOBBE. V, § 311. — SEUFFERT. *Pandekt.* § 517.

(3) WINDSCHEID. III, § 554. 17 a. I, § 94.

majorité des auteurs qui voient, dans le contrat successoire, une sorte de testament renforcé ; au contraire, ceux qui s'attachent surtout à son caractère contractuel annulent l'acte tout entier ; un troisième système scinde le contrat successoire en deux parties (Hartmann) : une institution d'héritier et une renonciation à la révoquer ; on annule la renonciation en même temps que la condition illicite, mais on laisse subsister l'institution (4).

Au cas de pluralité d'institués, il faut stipuler le droit d'accroissement qui n'est pas de plein droit, parce qu'en droit romain il en était ainsi pour la l. 19. C. De Pactis. 2. 3.

A l'encontre du testament, l'institution contractuelle est irrévocable, comme tout contrat. L'instituant ne peut faire aucune disposition gratuite qui puisse nuire au gratifié.

Cependant l'institué a un droit qui n'a rien d'actuel, il n'a qu'un jus hereditatis acquirendæ, le droit d'être après la mort du disposant son héritier ; seul le titre est certain, mais non l'émolument ; aussi le disposant a-t-il toujours le droit d'aliéner entre vifs, tant qu'il ne nuit pas à l'institution contractuelle. Certaines législations (1) vont même si loin qu'elles font de l'acte un testament révocable, ou bien donnent au disposant le droit

(1) BUONAMICI. *Inst. di. dir. rom.* VIII, p. 31. — MAZZA. *Sull. teor. del condiz. testam.* Turin, 1899.

(2) OESTER. G.-B. 1252. — SÄCHSISCH G.-B. 2548.

de pouvoir faire son testament dans une large mesure.

Le gratifié doit survivre au disposant. Comme tout héritier il a la saisine, le droit d'option, il est tenu des dettes héréditaires, sauf la quarte Falcidie ou Trebellienne pour les charges à lui imposées.

En dehors de la nullité pour vices de forme, incapacité, ou prédécès du bénéficiaire, l'institution pouvait être annulée pour atteinte à la réserve, naissance d'enfants au cas de contrat réciproque entre époux ; elle n'était révocable que si le disposant se l'était réservé expressément. L'institution annulée pouvait valoir comme testament si elle en remplissait les conditions.

Il était possible d'y insérer une disposition en faveur de tiers par substitution vulgaire ou fidéicommissaire ; car le droit allemand reconnaissait le contrat en faveur de tiers.

Enfin, comme tout contrat, le contrat successoire était susceptible d'être résolu par l'accord des deux parties qui l'avaient fait, en vertu de leur *mutuus dissensus* (1).

Institution d'héritier à titre particulier, ou legs contractuel.

Soit dans un autre acte, soit indépendamment, une personne fait d'une autre son héritière pour un objet

(1) PREUSS. L. § 634.

de sa succession (1). Nous avons vu l'histoire du legs contractuel. Le légataire n'a qu'un droit éventuel. Certaines législations assimilent le legs contractuel à la *donatio mortis causa*. La plupart des autres statuts et le droit commun le considèrent comme une institution juridique du sol allemand (2); pourquoi ne pas admettre pour un objet particulier le principe reconnu pour le patrimoine en général : le contrat successoire est valable (3); son irrévocabilité répond mieux que tout autre acte à l'intention des parties. Les règles de forme, les effets, sont les mêmes que pour l'institution universelle. Seul l'objet est différent. Le donateur ne peut révoquer, mais disposer de la chose léguée, auquel cas le légataire en réclamera la valeur à la succession. Le droit du légataire est intransmissible, soumis à sa survie, et il disparaît par la perte de la chose léguée. Le légataire vient après les créanciers de la succession, et subit la réduction falcidienne.

Terminons ce sujet en faisant remarquer que la majorité des auteurs admettait de droit commun la validité de la donation expresse de biens à venir.

Renonciations à succession future.

Le contrat successoire crée une vocation héréditaire ;

(1) WINDSCHEID, § 632.

(2) PREUSS. L. I. 12, § 626. II, § 445. — BAIER G.-B. III. 11, § 1. 6, etc.

(3) STORBE, § 312. I.

286 ··· DROIT COMPARÉ. — PREMIÈRE PARTIE

la renonciation en supprime une ; le renonçant s'engage à ne pas succéder à son auteur ; mais il ne peut plus faire cette déclaration qu'à ce dernier ; car si c'est envers le bénéficiaire indirect, on y voit généralement un pactum de hereditate tertii viventis. Pour la capacité, les formes, ce sont les principes généraux. L'objet de la renonciation c'est toute vocation héréditaire : légale, testamentaire ou contractuelle.

Le renonçant par son acte anéantit l'espérance héréditaire qui reposait sur sa tête ; il n'aura plus aucune prétention successorale à élever. Au cas où il a des descendants, on se demande si ses héritiers sont obligés par sa renonciation, quand il meurt avant celui à la succession duquel il a renoncé. On a émis plusieurs systèmes, mais celui qui rallie la majorité des auteurs (1) déclare la renonciation non opposable aux descendants ; car ils succèdent en leur nom personnel et non pas hereditario jure. Seulement ils doivent rapporter ce que leur auteur a reçu en échange de sa renonciation.

Quant à l'étendue de la renonciation, c'est une affaire d'interprétation de la volonté chez les parties : à tout ou partie de la succession, à la réserve, sous condition, avec garantie, in rem ou in personam, etc... Enfin, les parties peuvent anéantir le contrat mutuo dissensu.

(1) BESELER. II. 2, p. 249. — GERBER. *Deutsch. Privatr.* § 264.

Contrat sur la succession future d'autrui:

Les législations, les auteurs, la pratique jurisprudentielle, sont divisés sur la validité du pactum de hereditate tertii viventis. Un premier système (1) le prohibe, sauf le tempérament de Justinien : seul le consentement du de cujus constitue indirectement une institution contractuelle ; un second le prohibe sans exception (2), un troisième le permet sans limites (3), à condition cependant de le notifier au futur de cujus.

Beaucoup d'auteurs proposent le système romain intégral comme la véritable expression du droit commun, toutes conditions de capacité remplies. D'autres (4) font observer que l'on admet bien le contrat successoire, la renonciation ; pourquoi repousser le contrat sur la succession d'autrui : les motifs romains ont disparu ; la pratique allemande, la tradition féodale ont supprimé la prohibition. Mais on fait remarquer que l'analogie n'est pas aussi grande qu'on veut bien le dire et il y a des raisons de moralité particulières pour distinguer les deux actes ; c'est pourquoi Dernburg propose de l'annuler seulement au cas où l'acte est immoral ; sans nous arrêter à ce système arbitraire, il

(1) SÄCHSISCH G.-B., § 2563. Pratiques de Hambourg, Lübeck, Munich.
— PREUSS. L. I. 12, § 649.

(2) ESTER. *Gesetzb.*, 879, n° 4.

(3) BAIER. *Gesetzb.*

(4) EICHHORN. *Deutsch. Privatr.* § 341. — MITTERMAIER. *Walter.*

est certain que la tendance générale du droit allemand est de valider le pactum de hereditate. Le droit prussien (1) reconnaît que toute convention entre futurs cohéritiers présomptifs est valable, quelle qu'elle soit, sans qu'il soit besoin de l'assentiment du de cujus, comme au cas de pacte avec un étranger. Le droit commun ne sanctionne pas l'engagement de tester en faveur de telle ou telle personne, la stipulation « si me heredem feceris... », bien que certains auteurs soient en sens contraire (2). Néanmoins le droit romain perd pied sur plusieurs points, et la tendance générale du Deutsches Privatrecht cherche à valider le pactum de hereditate surtout entre cohéritiers présomptifs.

(1) PREUSS. L. I. 11, § 446. I. 12, § 649.

(2) WINDSCHEID. *Pandekt.* III. § 529, n° 4.— BESELER. II. 1, p. 61.

DEUXIÈME PARTIE

LE DROIT ACTUEL DE L'EMPIRE ALLEMAND

D'après le nouveau Code civil allemand la transmission du patrimoine peut avoir lieu de trois manières : en vertu de la loi, par testament, ou au moyen d'un contrat successoral. Les deux derniers modes constituent ce que l'on appelle d'une manière générale la disposition à cause de mort (Verfügung von Todeswegen) article 1941.

Le contrat successoire est reconnu d'une manière générale par le Code civil allemand. La succession contractuelle peut se présenter sous trois aspects :

- 1) Le Erbvertrag, institution contractuelle à titre universel (Erbeinsetzungsvertrag) ou à titre particulier (Vermächtnisvertrag) ;
- 2) Le Erbschaftsvertrag, contrat sur la succession future d'autrui ;
- 3) Le Erbverzicht, renonciation à succession future.

CHAPITRE PREMIER

ERBVERTRAG

INSTITUTION CONTRACTUELLE ET LEGS CONTRACTUEL

Le contrat successoire du Code civil (Erbvertrag en général) constitue l'une des manifestations les plus importantes de la succession contractuelle dans le Code civil allemand. C'est bien le descendant des contrats successoraux de l'époque primitive ; néanmoins, sous l'influence des idées romaines, les rédacteurs du Code lui ont donné sa situation systématique (1) à la suite des testaments. Il fait l'objet de la section 4 du livre V du Droit successoral, dans les §§ 2274 à 2300 ; le principe du contrat successoire avait déjà été posé dans le § 1941 ; il y aussi quelques textes épars, §§ 1948, 1951, 2352.

Le Erbvertrag ou contrat successoire est un contrat par lequel le de cujus transmet à son héritier la totalité ou une partie seulement de la succession ; il sert à

(1) SCHIFFNER, *op cit.*, § 2, p. 3.

effectuer une institution d'héritier contractuelle, un legs contractuel, ou à conférer une charge contractuelle à cause de mort (1).

Un débat célèbre s'était déjà élevé en Allemagne (et l'apparition du nouveau Code civil n'y a pas mis fin), sur la question de savoir comment il fallait déterminer la nature du contrat successoire. La raison de sa naissance fut tout simplement le choc des principes romains sur la succession et les testaments contre les traditions germaniques sur le contrat successoire. Le Droit romain ne connaissait que deux fondements de vocation héréditaire : le testament ou la loi ; il n'y avait aucune place pour le contrat. Et on s'est demandé si le contrat successoire différait réellement du testament ou si, au contraire, il n'en était pas, pour ainsi dire, une simple modalité ; la réponse à cette question engendra deux grands systèmes opposés (2).

Le premier fut fondé sur la théorie ingénieuse de Hartmann (3), suivie d'ailleurs par de nombreux auteurs (4).

D'après lui, il faut décomposer le contrat successoire qui n'est pas un acte unique en deux parties : 1^o une institution d'héritier ou un legs, acte unilatéral de der-

(1) SAUER. *Testam. und. Erbvertrag.*, § 72. II. Teil.— HELLWIG. *Verträge auf Leistung an Dritte*, § 77, p. 591.

(2) En principe le contrat successoire est en effet irrévocable comme le testament révocable. SAUER, *op. cit.*, § 72, p. 268, n° 2.— WINDSCHEID, *op. cit.*, § 564, n° 5. (§§ 2253, 2302).

(3) *Lehr. v. d. Erbvert.*, 1860, p. 2 et s.

(4) *Arndts civ. Schr.*, II, p. 188, s. 197. UNGER, VI, § 26, § 77. A. 13.

nière volonté, comme toute disposition testamentaire ; 2^o et, d'autre part, la renonciation dans un contrat au droit de révoquer sa disposition. Unger disait que c'était un testament contractuel et irrévocable. On veut donc à tout prix faire rentrer le contrat successoire dans le testament.

Le second système, qui ralliait également plusieurs auteurs (1), répondait qu'avec une semblable théorie on détruisait l'unité du contrat successoire ; on pourrait aussi bien décomposer tout contrat créateur d'obligations en deux parties : 1^o une déclaration unilatérale de donner à l'autre partie un droit de propriété ou de créance ; 2^o et la renonciation contractuelle à révoquer cette déclaration. Ce n'est pas à cause de cette renonciation qu'on perdra le droit de révoquer cette déclaration, mais parce que l'autre partie l'aura acceptée. Et il en est de même au cas d'un contrat successoire.

Néanmoins il y avait un point sur lequel on était d'accord et qu'Hartmann considérait comme une conséquence de sa théorie : Quand le contrat successoire est nul comme contrat, il vaut comme testament s'il en remplit les conditions. Le second système l'expliquait simplement en faisant remarquer qu'on suivait pour l'institution contractuelle les règles de forme de l'ins-

(1) WINDSCHEID. *Pandekt.*, § 529. — GERBER. *D. P. R.* § 304. — BESELER. *D. P. R.* § 138 a. 5. — GRUCHOT, II, p. 332. — STOBBE, § 311. — KÖPPEN. *System.*, § 450. — BESELER. *Erbvert.*, § 141.

titution d'héritier testamentaire. (V. cependant Allg. Preuss. Ldr. I. 12. § 619 — Sachs. G.-B., § 2547).

Malgré la promulgation du nouveau Code civil, l'accord ne s'est pas encore fait sur cette question. Hellwig (1) a repris la théorie de Hartmann ; les nouveaux textes confirment ce que le droit précédent avait déjà fait entrevoir : l'institué n'a aucun droit ferme, aucune anticipation de succession comme on l'a prétendu. Des §§ 2279, 2289, il résulte ceci : ce qui différencie l'héritier contractuel de l'héritier testamentaire, c'est que les dispositions postérieures à cause de mort ne peuvent nuire à son droit. Le de cujus futur peut toujours tester : son testament sera valable au cas de prédécès de l'héritier contractuel, au cas où il viendrait à renoncer à son droit, § 2352, serait écarté pour indignité, § 2342, ou pour tout autre motif, § 2281. 1°. Ce n'est donc pas un principe spécial de délation ; ce que l'on prend pour le caractère irrévocable du contrat successoire, c'est tout simplement que le bénéficiaire intervient à l'acte pour l'accepter : en réalité, il n'y a que le futur de cujus qui fasse une disposition à cause de mort, §§ 1921, 2278. Quand on veut exposer les effets du contrat successoire, on est bien obligé de les diviser selon qu'ils proviennent du caractère contractuel ou de l'objet de transmission successorale. Hellwig

(1) HELLWIG. *Verträge auf leistung an Dritte*, § 78, p. 597, 598, 599.

fournit de nombreux arguments à l'appui de son système :

1° Autrefois on soutenait que le contrat successoire pouvait se faire sans formes et c'était un argument de la théorie adverse : le Code civil l'a écarté en exigeant des formes spéciales (1).

2° La loi devrait exiger, si l'opinion opposée était vraie, la présence effective et personnelle des deux parties en même temps que la capacité de tester. Elle ne l'exige que pour le disposant, § 2274.

3° De même elle ne devrait pas admettre que le contrat successoire qui est nul, vaille comme testament, s'il en remplit les conditions (2). Mais le Code civil admet expressément la validité de cette « conversion ». Il avait même été question lors des travaux préparatoires de présumer que le futur de *cujus* préférerait toujours la conversion à l'annulation complète de son contrat successoire (3). En réalité, c'est tout simplement la règle que la nullité d'une clause de l'acte (renonciation à révoquer) n'entraîne pas celle de l'acte tout entier (§ 139, § 2279).

4° On peut, dans un contrat successoire, prendre toute disposition à cause de mort, pourvu qu'elle ne

(1) HELLWIG, *op. cit.*, p. 600.

(2) HELLWIG, *op. cit.*, p. 601.

(3) Motifs. V. p. 317. Cette présomption doit même être admise lorsqu'il s'agit de contrats successoires réciproques, par exemple entre époux et aussi, § 2270.

soit pas contraire à la loi (1) § 2299 ab. 1. ; par conséquent le contrat successoire peut contenir des dispositions de dernière volonté ; le caractère contractuel (2) des dispositions contractuelles contenues au contrat successoire ne constitue donc qu'une clause purement accidentelle et accessoire.

Il faut admettre avec Schiffner (3), Strohal (4) et beaucoup d'autres auteurs que le contrat successoire est un acte juridique spécial (*Rechtsgeschäft*) où l'on dispose en tout ou en partie de son patrimoine pour le jour de sa mort. C'est un acte unique en soi que l'on ne saurait diviser (§ 2279) ; c'est un principe spécial de vocation héréditaire dans le Code, § 1941, 1948, 1951 ; quand il s'agit de sa révocation, c'est l'acte tout entier qui est révoqué et non pas seulement ce lien obligatoire que Hellwig voulait considérer comme purement accessoire (§§ 2290, 2299, 2291). C'est bien un mode de transmission successorale par la volonté, mais distinct du testament qui en est l'autre ramification, et s'y oppose par sa révocabilité.

Le contrat successoire est donc un contrat (5) où l'on

(1) HELLWIG, *op. cit.*, p. 604.

(2) HELLWIG, p. 604, fait aussi remarquer que l'on applique les principes d'annulation et de révocation des testaments.

(3) SCHIFFNER, *op. cit.*, § 3, p. 5 et s.

(4) STROHAL, p. 63, s. — SCHARNWEBER, p. 35. Plusieurs auteurs prussiens considèrent le contrat successoire comme un acte entre-vifs avant tout ; dès que l'accord de volonté s'est formé l'acte est parfait. Cependant ils oublient que l'acte ne produit ses effets qu'à l'ouverture de la succession. Ils confondent l'irrévocabilité avec l'efficacité définitive.

(5) Certains auteurs ne lui donnent pas tout à fait la nature contrac-

prend une disposition à cause de mort et crée une obligation à la charge du disposant ; et d'autre part, il y a acceptation de la part du bénéficiaire. Il y a un accord de volonté entre les deux parties (§ 1941) (§ 2289, phrase 2). Aussi le disposant ne peut-il révoquer sa libéralité.

Mais le Code civil va trop loin lorsqu'il appelle toujours contrat successoire un acte de ce genre bien qu'il en autorise la révocation (1), au cas où le futur de cujus se l'est réservée. Il est vrai que le caractère obligatoire dans la disposition du de cujus ne résulte pas uniquement de ce que c'est un contrat (2), (parce qu'il y a des dispositions contractuelles qui ne créent pas d'obligation, par exemple §§ 346, 604, 671) mais de la volonté des parties exprimée dans l'acte (3).

Ce contrat ne produit aucun effet actuel ; le futur de cujus n'est pas dans l'impossibilité absolue de disposer de ses biens entre vifs (§ 2286). Le droit du gratifié n'est pas un droit de créance sur la succession future ; ce n'est pas non plus une promesse de disposer à cause de mort en sa faveur, ou de ne pas la révoquer ; la disposition est faite en sa faveur, mais immédiatement. Ce

tuelle : c'est la réunion d'une disposition unilatérale et d'une acceptation, mais purement passive ; il y a deux volontés mises l'une à côté de l'autre mais qui n'entrent pas l'une dans l'autre. KUHNFT, p. 24. — KUNTZE, p. 43, 47.

(1) § 2293. Le disposant peut résilier le pacte successoire lorsqu'il s'en est réservé le droit dans le contrat.

(2) Bien que beaucoup d'auteurs prétendent le contraire. BESELER. *Erbvert.* II. 1, p. 256. — ZACHARLÆ, § 739. — WINDSCHEID. III, § 529, 3. — ARNDTS. *Pandekt.*, p. 441.

(3) SCHIFFNER, *op. cit.*, p. 10, n° 22.

n'est pas un contrat qui engage (*verpflichtet*), bien qu'il soit créateur d'obligations, mais qui lie (*bindet*) ; il y a une nuance assez difficile à saisir. Ce à quoi le disposant s'oblige, ce n'est pas à la disposition elle-même, mais à ne pas la révoquer à son gré (1).

Ce caractère spécial provient de ce que le contrat fonde un droit successoral, une expectative successorale (*erbrechtliche Anwartschaft*). Et le Code civil a bien montré ce caractère, en ajoutant que le contrat successoire peut, en dehors des institutions contractuelles ou des legs contractuels, contenir des charges contractuelles et obligatoires à cause de mort : le contrat n'implique donc pas toujours une idée d'acquisition. Sa nature a par là un peu changé avec le nouveau Code civil.

Le contrat successoire sera donc soumis à la fois aux règles des contrats et à celles des dispositions à cause de mort (§ 2279, al. 1).

Le contrat successoire est de sa nature essentielle un acte gratuit ; il ne saurait jamais être un acte à titre onéreux : c'est une disposition libérale avant tout. Evidemment, l'intention du disposant peut être plus ou moins un pur intérêt d'affection : il veut favoriser un mariage, faire une adoption, s'assurer la tranquillité pour la fin de ses jours. Mais il n'y a jamais ce que l'on peut ap-

(1) Cela résulte des Motifs. I. V, p. 340. Protocol. II, p. 410, des deux projets.

peler une contre-prestation juridique. Il n'y a que les formes et les cas de révocabilité qui le différencient des dispositions de dernière volonté, peut-on dire avec Hellwig (1), qui admet aussi le caractère gratuit de l'acte; mais cette formule serait trop absolue. Si l'autre partie fait aussi des dispositions à cause de mort, ce n'est pas une contre-prestation; il s'agit de deux actes indépendants, analogues aux testaments réciproques (§ 2298) : cette disposition prise par le bénéficiaire de la première peut être dans le même acte (§ 2277), ou indépendante, bien qu'en contemplation de la première (§ 2295) ou même être réunie à un autre contrat successoire, et faite sous la forme d'un contrat successoire.

Le contrat successoire peut présenter différentes modalités (1940-1941).

Il ne peut contenir qu'une institution d'héritier par contrat (*Erbeinsetzungsvertrag*), un legs contractuel (*Vermächtnisvertrag*), ou une charge imposée à cause de mort dans ce contrat (*Auflage Vertrag von Todeswegen*). Cette dernière n'est pas un contrat en faveur de tiers : on impose une charge aux héritiers ou légataires sans conférer à un autre un droit à l'exécution. Les deux premiers actes, l'institution contractuelle et le legs contractuel, sont parallèles, confèrent

(1) HELLWIG, *op. cit.*, § 79. p. 605. — WINDSCHEID. *Pandekt.*, 3 vol., § 568, IV. La causa du Erbvertrag est la causa mortis et elle ne peut être autre; s'il y a une promesse émanant de l'acceptant ce n'est plus un contrat successoire. L'engagement de celui-ci n'a donc rien d'essentiel.

un droit purement successoral, mais ne diffèrent que par leur objet qui est plus ou moins étendu. Cependant le legs contractuel n'est pas une *heredis institutio ex certa re* ; c'est un contrat qui a pour objet une disposition à titre particulier et à cause de mort.

Le contrat successoire peut être un acte isolé ou dépendre d'un autre acte (1922-1924) ; simple ou commun selon que l'une des parties seulement ou toutes deux jouent le rôle de disposant (2278). Le contrat commun est presque toujours réciproque, surtout entre époux ou futurs. Enfin le contrat peut être « corrélatif » c'est-à-dire que les deux dispositions contractuelles sont dans un état de dépendance absolue l'une de l'autre (§ 2298). La nullité d'une disposition entraîne celle du contrat tout entier. Le contrat est quelquefois simplement conservatif ou réservatif, en ce sens qu'il ne fait que confirmer une vocation héréditaire déjà existante (sorte de promesse d'égalité).

OBJET DU CONTRAT SUCCESSOIRE

Le contrat successoire ne doit contenir qu'une institution d'héritier, un legs contractuel ou une charge contractuelle à cause de mort (§ 2278, al. 2). Le droit qu'il confère n'est qu'une espérance d'acquérir le droit successoral en cas de survie du bénéficiaire au disposant (1) (§§ 2279, 1942 s.).

(1) HELLWIG, § 77. 1. II. 1. p. 592. — SAUER, *op. cit.*, § 72, p. 268.

L'institution contractuelle donne un droit à titre universel sur le tout ou sur une quote-part de l'hérédité. Elle peut concourir avec une institution testamentaire et avec la succession légale (1). En ce qui concerne l'étendue de l'institution on applique les principes de l'institution testamentaire, institution pour une part aliquote (§ 2088, accroissement, § 2094) (2).

Le legs contractuel a pour objet tout ce que l'on peut léguer d'une manière générale (3) (§ 2279). C'est avant tout une disposition particulière ; il n'y a pas de legs contractuel à titre universel, il n'y a pas de legs contractuel de succession (*Erbschafts vermächtnissvertrag*), il ne s'agit ici en matière de contrat successoire que d'un legs à titre particulier. C'est une acquisition (il est vrai qu'il peut y avoir des charges qui la grèvent) à titre particulier et à cause de mort.

On peut rencontrer, comme dans les legs testamentaires (§§ 2154, 2164, 2173, 2182), tous droits conférés sur le patrimoine du disposant : par exemple une universalité de fait, une collectivité, mais le legs n'en est pas pour autant un legs à titre universel ; car l'objet

(1) Le principe « *nemo partim.* » a complètement disparu. 1^{er} projet. I. Motifs V. p. 4, § 1751. Protocole de la II^e Comm. V. p. 3 et s. WINDSCHEID, *op. cit.*, § 537 in fine. V. aussi §§ 2088, 2104, 2105 du Code civil allemand.

(2) Pour les difficultés particulières, v. SCHIFFNER, § 14, p. 53.

(3) HELLWIG, *op. cit.*, § 77. 1. II. 1. p. 592. Le légataire, dit cet auteur, ne lui procure directement aucun droit lui appartenant : c'est aller bien loin ; mais c'est la conséquence de sa théorie sur la nature du contrat successoire. V. aussi SAUER, *op. cit.*, § 72, p. 268, entre n^o 4 et n^o 5.

qui est légué forme bien une universalité, universalité qui dans le tout successoral se trouve au même rang que d'autres objets particuliers et déterminés : ainsi un usufruit (*pacta de usufructu mortis causa*), conféré entre époux ou futurs époux ; et quand bien même il s'agit d'un usufruit sur toute la succession ou une quote-part, on se trouve toujours en présence de l'acquisition d'une collectivité, mais à titre particulier au regard de l'universalité de la succession (1) (cf. § 1085).

Quant à la charge contractuelle à cause de mort, elle peut avoir le même objet que dans un testament, (§§ 2192, 2154, 2171) (2). L'héritier, le légataire en sont grevés, mais personne n'a le droit d'en poursuivre l'exécution (§ 1940) (3). Si celui en faveur de qui elle est faite a un intérêt patrimonial à en exiger la prestation, Hellwig estime qu'il y a là un simple legs contractuel.

Ce qui est essentiel dans le contrat successoire, c'est la disposition (institution, legs ou charge) obligatoire faite par l'auteur et, d'autre part, son acceptation obligatoire (4) aussi de la part de l'autre partie (§ 1941, al. 1,

(1) SCHIFFNER, *op. cit.* § 14, p. 56. Pour l'accroissement, on applique aussi les principes des legs testamentaires faits à plusieurs légataires, § 2089.

(2) HELLWIG considère cette extension du lien contractuel à la charge comme difficilement explicable ; c'est une innovation de la II^e Commission. Le premier projet ne l'admettait pas, I, § 1956, IV.

(3) HELLWIG, § 77, p. 596, al. final.

(4) Je traduis par là « bindend », mais il faut se souvenir de la diffé-

§ 2278, al. 1); il faut enfin que le contrat rentre dans l'un des trois modes permis: institution, legs, charge (§ 2278, al. 2). Par conséquent, d'autres actes qui sembleraient apparemment répondre à la notion du contrat successoire sont exclus de ce contrat, ou plutôt, ils n'auraient pas ce caractère créateur d'obligations: nomination d'exécuteur testamentaire, stipulation de continuer la communauté conjugale, exclusion de la réserve, exhérédation, §§ 1938 - 2336; mais il n'en serait plus de même d'un partage opéré dans un contrat successoire par le futur de cujus entre ses héritiers.

La déclaration de vouloir s'obliger est également essentielle, non seulement de la part du disposant, mais encore de la part de l'acceptant, en ce qu'il se saisit, pour ainsi dire, de cette déclaration, et la fixe d'une manière invariable (1). La volonté des parties est donc de la plus haute importance et, sans s'attacher à la désignation qu'elles auront donnée à l'acte, il faudra se rendre compte de leur véritable intention et voir s'il ne s'agit pas, en l'espèce, d'un testament.

rence que l'on fait en Allemagne entre le mot « *verpflichten* », engager immédiatement, et le simple mot « *binden* », lier, qui est moins fort; ces nuances ne peuvent se rendre en français. Obligatoire veut donc dire ici: liant, obligeant. »

(1) Car en dehors de tout cela, tout engagement pris par lui ne présente aucun intérêt essentiel pour le contrat successoire. Il est vrai que dans un cas spécial: l'extinction de la contre-prestation promise (§ 2295), le disposant a le droit de résilier, comme aussi s'il a été trompé dans l'attente ou la supposition d'un événement ou circonstance (§ 2281, § 2078, al. 2).

A côté de la partie essentielle, le contrat successoire peut contenir des clauses accessoires.

Il y aura souvent, dans le contrat, des dispositions qui ne créent aucun lien obligatoire; ce sont plutôt des actes de dernière volonté, mais on ne peut dire que ce soient de véritables legs, car l'acceptant les connaissait en adhérant au contrat en général.

Il peut y avoir des clauses accidentelles, substitutions, réserves, ou même des conditions ou charges. Avant le Code civil, au cas de condition illicite, il fallait appliquer les principes des testaments ou ceux des contrats; le nouveau Code ne reproduit pas une règle comme celle de l'article 900 du Code civil français et déclare logiquement nul tout contrat successoire affecté d'une condition illicite.

Les contrats successoires entre époux sont d'un usage courant, et ils sont soumis à quelques règles particulières. Quelquefois, après s'être institués réciproquement, ils font, en commun, en faveur d'un tiers, une disposition qui doit se réaliser aussitôt après la mort du dernier survivant (§ 2280). Le tiers est bien le substitué vulgaire du prémourant, mais il trouve la succession de celui-ci dans celle du survivant, telle qu'elle se comporte à la mort de ce dernier.

Les époux peuvent aussi, par contrat successoire, réaliser l'égalité au sujet de leur succession entre les enfants du mariage et ceux qui proviennent d'une union antérieure ou postérieure (*unio prolium*, *affrérissement*).

On rencontre aussi diverses autres variétés du contrat successoire : un indigent hospitalisé promet, en échange, sa succession à l'hospice qui le reçoit (*Erbverpfründungsvertrag*, art. 2295) ; deux familles nobles font entre elles un pacte de succession réciproque (*Erbverbrüderung*), contrat que nous avons vu dans l'histoire du Droit allemand à partir du ^{xiv}^e siècle.

FORMES ET CAPACITÉ

C'est un acte solennel qui doit se faire en justice ou devant notaire, en présence des parties, § 2276. Le pli scellé est conservé officiellement.

Le disposant doit agir en personne et ne peut se faire représenter. Le bénéficiaire peut le faire, au contraire.

Le disposant qui s'oblige et qui teste doit avoir la capacité nécessaire à ces deux actes (§§ 2279, 2275, al. 3). S'il est incapable, il ne peut pas disposer, même avec l'autorisation de son représentant légal.

Le bénéficiaire, qui retire un avantage du contrat successoire, n'a besoin d'aucune capacité ; au cas seulement où il accepte une charge, il lui faut la capacité de s'obliger. Car la même personne peut être partie acceptante, bénéficiaire, grevée d'une charge, etc...

EFFETS DU CONTRAT SUCCESSOIRE

(Wirkung des Erbvertrags).

Le contrat successoire ne produit aucun effet actuel et immédiat, c'est-à-dire aucun droit présent entre vifs (1). C'est un droit purement successoral qui a des effets purement successoraux ; il fonde une expectative juridique pour le cas de survie du bénéficiaire (§ 1942, 1948). Seulement, il y a en plus une obligation (2) qui naît à la charge du disposant et qui l'empêche de porter seul une atteinte quelconque au droit qu'il a conféré ; le bénéficiaire n'est pas lié à cette espérance successorale, mais cependant il ne pourrait libérer le disposant de son obligation malgré sa volonté (§§ 2290, 2352). Sa situation ressemble beaucoup à celle d'un héritier réservataire : en ce que la réserve protège contre les atteintes arbitraires du disposant.

Il importe d'examiner d'abord la situation du disposant.

Il s'agit de concilier deux intérêts opposés : laisser au futur de *cujus* le droit de disposer de ses biens et protéger en même temps le bénéficiaire contre un exercice abusif de ce droit,

(1) Sur les biens présents du futur *de cuius*. WINDSCHEID. *Pandekt*, § 568, VI.

(2) En dehors de cette obligation, le contrat successoire révoque la disposition de dernière volonté antérieure du disposant (§ 2289, al. 1).

Examinons en premier lieu les actes des dispositions entre vifs.

Le disposant conserve le droit de disposer de ses biens par acte entre vifs (§ 2286) (1), tant de son patrimoine en général que de ce qui a été donné en particulier. Il peut même en principe disposer de ce qu'il a attribué (solut. implicit., § 2288). Aucun acte juridique ne peut lui enlever sa liberté de disposer entre vifs, à moins qu'il ne s'y soit obligé d'une manière efficace (§ 137).

Dans le premier projet (2), on avait voulu permettre à l'héritier contractuel de demander l'interdiction du disposant pour prodigalité, au cas où ses dépenses excessives y donneraient lieu ; ce fut repoussé avec raison lors du second projet (3), en invoquant le but de cette institution qui est de protéger le futur de *cujus* et sa famille contre la misère ; c'était le mettre sous la surveillance et le pouvoir de l'héritier contractuel.

Le disposant ne peut porter atteinte à l'institution contractuelle.

Avant le nouveau Code civil, pour le droit commun, on n'était pas d'accord sur le droit de disposer entre vifs qui restait au futur de *cujus* après avoir fait une

(1) SAUER, *op. cit.*, § 74, p. 274 ; § 72, p. 268.

(2) Remarq. au § 1951.

(3) II. Protocol. V. p. 388 et s.

institution contractuelle. Certains auteurs lui refusaient toute espèce d'aliénation (1) et permettaient à l'héritier contractuel de les faire tomber ; ou bien on lui défendait toute aliénation dolosive, mais le désaccord recommençait sur la question du dol (2), ou sur les moyens d'intenter l'action ; d'autres, enfin, lui laissaient toute liberté (3).

D'après la nature juridique de l'institution contractuelle et du paragraphe 2286, le disposant peut aliéner entre vifs et même faire des donations qui nuisent à l'héritier contractuel, mais en tant cependant qu'on ne peut pas les considérer comme une résiliation du contrat.

Aussi l'héritier contractuel a-t-il une action après la mort du disposant pour obtenir la restitution (4) de la donation, par laquelle le de cujus a détruit de mauvaise foi l'institution contractuelle ; seulement il ne peut se plaindre que des donations et non pas des autres aliénations entre vifs (5). On ne peut donc attaquer que

(1) BESELER, II, 1, p. 248.

(2) DERNBURG. *Pandekt*, III, § 126.

(3) HARTMANN, p. 57 et s. C'était une conséquence de sa théorie générale. — MITTERMAIER, *d. Preus. Rech.*, 454. — ARNDTS, *av. Schr.*, II, p. 197.

(4) SAUER, *op. cit.*, § 74, p. 274. La restitution s'étend aux fruits perçus ou à l'indemnité qu'il a pu recevoir pour détérioration ou destruction de la chose, p. 275.

(5) L'héritier contractuel n'a aucune protection contre les aliénations onéreuses, à moins que ce ne soit des donations déguisées. WINDSCHEID, *op. cit.*, § 568, VI.

les donations qui ont été faites en vue de nuire à l'héritier contractuel (§ 2287), et cela sans tenir compte de leur importance, de leur modicité, ni du mobile auquel le disposant a obéi ; par suite peuvent seules être attaquées les donations faites sur le patrimoine-capital, et non sur le patrimoine-revenus que le disposant aurait pu en effet dépenser pour lui.

En pareil cas, l'héritier contractuel, quand la succession lui est dévolue, peut exiger du donataire la restitution de ce qu'il a reçu selon les principes de l'enrichissement sans cause (1) (art. 810, 2287, al. 1). Si le donataire a connu l'intention frustratoire du disposant, ou s'il l'apprend plus tard, il est obligé de restituer non pas la valeur de la chose donnée au moment de la dévolution de la succession, mais la valeur qu'elle avait lors de la donation ou au moment où il a pris connaissance des intentions du disposant (2). Il en est de même toutes les fois qu'en acceptant il contrevient à une prohibition légale, ou aux bonnes mœurs (§ 819).

L'action (3) de l'héritier contractuel se prescrit par trois ans (§ 2287, al. 2), à partir de la dévolution de la succession ; peu importe qu'il connaisse ou non le pré-

(1) S'il n'y a pas enrichissement, l'obligation de restitution disparaît.

(2) § 819. SAUER, *op. cit.*, § 74, p. 275. Il en est de même pour tous détériorations, dommages, pertes de la chose.

(3) Cette action ne protège pas l'héritier contractuel contre les détériorations que les autres cohéritiers, mais non contractuels, peuvent apporter à l'actif successoral. WINDSCHEID, *Pandekt*, t. 3, § 568, VI. — SAUER, *op. cit.*, § 74, p. 274.

judice qui lui est causé ou la personne même du donataire.

Subrogation du legs contractuel atteint par l'acte de disposition entre vifs du disposant.

Le disposant qui a fait un legs contractuel peut toujours en disposer entre vifs (§ 2286). Mais s'il a voulu par là supprimer le legs en tout ou en partie, la loi établit dans ce cas (§ 2288) une subrogation juridique à l'objet légué, du moins en tant que le grévé du legs a été mis dans l'impossibilité de l'exécuter. Au début, on avait repoussé (1) cette subrogation, qui dérogeait au droit des legs et constituait un moyen terme entre l'acte entre vifs et l'acte à cause de mort ; mais on revint sur cette solution en considérant la nature de l'obligation que le disposant avait assumée en faisant le legs contractuel. Quand le de cujus aliène l'objet légué contractuellement, il fait une disposition arbitraire à cause de mort et en même temps une révocation, ou résiliation arbitraire. Le principe qui consacre la liberté de disposer entre vifs n'empêche pas que l'on réagisse après sa mort contre l'atteinte qu'il a portée à sa propre obligation, action qui n'intervient, d'ailleurs, qu'après son décès (2).

(1) Motifs, I, p. 337. — SAUER, *op. cit.*, § 74, p. 275.

(2) Protocol. de la II^e lect. V. p. 404. — Rapp. au Reichstag, p. 436.

Le paragraphe 2288 comporte deux cas différents (al. 1 et al. 2) (1).

A. — « Si le disposant a détruit, diverti, on détérioré l'objet d'un legs contractuel, dans l'intention de nuire au gratifié, cet objet est remplacé par sa valeur si, par ce fait, l'héritier est dans l'impossibilité d'effectuer la prestation. » C'est une sorte de révocation par le disposant qui fait disparaître l'objet légué du contenu de sa succession; cet agissement dolosif du de cujus est incompatible avec le legs contractuel (2).

B. — « Si le disposant a aliéné ou grevé l'objet dans l'intention de nuire au gratifié, l'héritier est obligé de fournir l'objet au bénéficiaire ou de procurer mainlevée de la charge; à cette obligation on applique par analogie les dispositions de l'article 2170, al. 2 ». Si le grevé n'est pas en état de procurer l'objet légué, il en devra payer la valeur; s'il ne peut le procurer qu'au prix de dépenses excessives, le grevé peut se libérer par le paiement de la valeur (c'est une faculté alternative pour lui). Mais si le bénéficiaire ne peut exiger indemnité (3) de l'héritier, il a, lors de la dévolution de la succession, quand l'aliénation ou la charge dolosives ont été consenties à titre gratuit, une action contre le

(1) Ici il n'y a plus à distinguer entre les aliénations gratuites et les aliénations onéreuses.

(2) Contra HARTMANN. *Erbvertræ*, p. 83.

(3) Il faut entendre par là ce que l'héritier doit prêter primitivement ou ce que l'on doit recevoir de lui. WINDSCHEID. *Pandekt*, 3, § 568. VI, 1, Il est possible que l'on ne puisse pas obtenir cette indemnité, soit parce que l'héritier n'est tenu qu'en partie, ou s'il est incapable.

donataire dans la mesure du § 2287, pour obtenir la restitution du don en vertu des principes de l'enrichissement sans cause (dans les trois ans après l'ouverture de la succession).

La disposition du § 2288, comme d'ailleurs celle du § 2287 est impérative; si le disposant les trouve trop rigoureuses, il devra faire un testament (1).

Examinons en second lieu les actes de disposition de dernière volonté.

Nous diviserons cette étude en deux parties :

1° Les dispositions antérieures au contrat successoire ;

2° Les dispositions postérieures au contrat.

1° Un testament postérieur révoque le testament antérieur dans celles de ses dispositions qui le contredisent (§ 2258) ; le contrat successoire également révoque l'acte de disposition de dernière volonté dans la même mesure (§ 2289, al. 1, phrase 1) (2), en tant qu'il nuirait à l'espérance successorale du bénéficiaire contractuel : cet acte peut consister aussi bien dans une restriction du droit que dans une charge ; ce dernier point a été mis en doute par certains auteurs ; mais en principe l'acceptant au contrat successoire ignore les

(1) WINDSCHEID, *op. cit.*

(2) SAUER, *op. cit.*, § 276, p. 74. Peu importe que le disposant ait ou non réellement l'intention de révoquer. Mais les testaments communs qui sont correspectifs ne peuvent pas être révoqués par l'un des époux dans un contrat successoire avec un tiers.

dispositions testamentaires antérieures et considère son institution comme faite sans réserves.

Le legs contractuel révoque le legs testamentaire antérieur de la même manière.

S'il s'agit d'un testament commun ou correspectif, il faut que ce soient les testateurs eux-mêmes qui fassent le contrat successoire pour qu'il ait cet effet révocatoire.

Si, pour une raison ou une autre (1), le contrat successoire vient à disparaître, l'acte antérieur de dernière volonté peut renaître, puisque l'obstacle n'existe plus.

2^o Le disposant a assumé une obligation dans le fait de conférer un droit sur sa succession dans un contrat. Il ne peut plus disposer à cause de mort après le contrat successoire, pour nuire soit à l'institution contractuelle, soit au legs contractuel, soit à la charge contractuelle que renferme le contrat successoire (§ 2289, ph. 2 de l'al. 1) (2). Peu importe la manière dont il s'y prend, il lui est interdit de nuire arbitrairement à la disposition contractuelle : que se soit entièrement ou partiellement, une simple révocation, ou une nouvelle disposition, il n'y a pas à distinguer ; il ne saurait avoir le droit non plus d'ajouter une charge au legs contractuel, ni de lui adjoindre des colégataires.

(1) § 2258, al. 2. § 2279, al. 7. SAUER, *op. cit.*, § 74, p. 276, prétend qu'une disposition testamentaire et antérieure, révoquée par contrat successoire, ne renaît pas quand l'héritier contractuel ne veut ou ne peut succéder. Protocol. V, p. 355-396.

(2) SAUER, *op. cit.*, § 74, p. 275 et 276.

Mais par contre, le disposant n'a pas perdu en général le droit de faire d'autres dispositions, du moment qu'il ne nuit pas au contrat successoire. Il peut révoquer le contrat d'accord avec l'autre partie (§ 2290) ou le transformer, le résilier dans certains cas (§ 2293, et s.), exhériter son héritier à cause de sa prodigalité (§ 2338) si c'est un descendant réservataire, ou faire les dispositions qu'il s'est réservées dans le contrat. Du moment qu'il n'atteint pas le droit du bénéficiaire, il peut disposer (1).

Seulement le § 2289, al. 1, ph. 2, rappelle que le disposant peut se réserver dans le contrat successoire de faire une disposition postérieure de dernière volonté, surtout de transformer le contrat successoire en un testament, ou de grever d'une charge le bénéficiaire du contrat. Cette réserve est inhérente à la volonté de s'obliger chez le futur de cujus ; il peut donc dans cette mesure porter atteinte au droit de son gratifié. Mais si l'on veut que ce soit encore un contrat successoire, il ne faut pas considérer cette réserve comme permettant de révoquer d'une manière absolue, sans quoi il n'y aurait plus aucune obligation du disposant (Cf. Windscheid, *op. cit.* § 568, VI. 2.)

(1) Ainsi quand il ne fait que confirmer le contenu du contrat successoire, ou bien fait cette réserve, que la disposition n'aura efficacité que si le contrat successoire vient à être anéanti ; d'ailleurs cela irait de soi, même s'il ne le disait pas. Ces dispositions postérieures ne sont pour ainsi dire que paralysées par l'impossibilité de nuire au droit du bénéficiaire contractuel. I. Motifs. V. p. 332. SAUER, *op. cit.*, § 74, p. 276.

Si le disposant n'use pas de la réserve, on doit considérer le contrat successoire comme s'il n'en avait jamais été affecté. Cependant cette disposition, faite au bénéficiaire, sous le coup de cette menace perpétuelle, n'a pas le même caractère que si elle était pure et simple (1) ; ce que l'on s'était réservé lui revient-il en vertu d'une sorte de droit d'accroissement ? Cette part ne retournerait-elle pas à l'héritier ab intestat (2) ? C'était là une controverse du droit commun antérieur.

Envisageons maintenant la position juridique de l'héritier contractuel à l'ouverture de la succession.

En principe, l'on applique ici les mêmes règles (§ 2279) que pour l'héritier testamentaire en ce qui concerne la dévolution, l'acceptation ou la répudiation de la succession (3) ; sauf certaines règles spéciales (§ 1948, § 1951).

L'institué contractuel a un titre de dévolution héréditaire analogue à celui de l'héritier testamentaire ; la succession lui échoit, à moins qu'il ne la répudie (§ 1951,

(1) Si on la considérait au regard de la volonté du disposant on pourrait voir s'il n'y a pas lieu d'admettre que l'efficacité de la disposition contractuelle devait dépendre de son complément ou plutôt de l'exercice de la réserve. SCHIFFNER, *op. cit.*, § 37, p. 147.

(2) P. REUSS, *Ldr.*, § 630, I, 11, § 1087.

(3) I. Motifs. V, p. 337. On applique au pacte successoire les §§ 2259 à 2263, 2273, les règles relatives à l'ouverture des testaments ; le § 2273, al. 2 et 3, ne s'applique qu'au cas où le contrat successoire a été remis à la conservation officielle et spéciale. Le contrat est remis, après la mort, au tribunal de la succession, ouvert en présence des parties. Si le contrat est commun, on ne fait connaître que les dispositions du prémourant, que l'on copie, pour remettre ensuite le contrat à la conservation.

2287). L'institué, en acceptant, transforme ce qui n'était auparavant que le fondement d'une espérance successorale en un droit véritable et actuel ; il est devenu héritier, c'est un véritable héritier contractuel ; il se comporte comme héritier vis-à-vis de tous les autres : héritiers réservataires, héritiers légitimes, héritiers testamentaires. Et comme héritier, il n'a pu renoncer entre les mains du disposant au droit de répudier sa succession (§ 1946).

Celui qui est appelé comme héritier par testament ou par contrat successoire peut accepter la succession du chef de l'un de ces titres et la répudier du chef de l'autre (§ 1948), soit que les deux vocations aient le même objet, soit qu'elles portent sur des parties différentes de l'hérédité. L'héritier contractuel qui a vocation à diverses parties de la succession, peut accepter l'une, refuser l'autre ; si la vocation à plusieurs parties repose sur le même chef, l'acceptation ou répudiation de l'une vaut pour l'autre (par exemple, quand il y a entre les mêmes personnes plusieurs contrats successoires). Si l'héritier contractuel refuse comme tel, il peut ensuite accepter comme héritier légal.

Le fait, par un héritier contractuel, d'avoir reçu une vocation à certaines parts de la succession, n'entraîne pas de sa part une renonciation présumée aux autres parts de la succession qui peuvent lui revenir légalement.

Le légataire contractuel a aussi le droit de refuser le

legs qui lui échoit (§ 2176); son expectative qui était moins qu'un droit de créance, devient à l'ouverture de la succession un droit analogue et identique à celui du légataire testamentaire : il se comporte comme tel, vis-à-vis des réservataires et du grevé.

Nullité du contrat successoire.

Le contrat peut être annulé pour vices du consentement chez le disposant ; s'il y a eu erreur (§ 2281), (ce qui d'après Hellwig n'atteint que l'obligation du de cujus mais non sa disposition), sur le contenu de l'acte, sur les motifs de générosité, s'il y a eu menace ou omission d'un réservataire dont le disposant ignorait l'existence. L'action appartient au disposant, et après sa mort à la personne à qui elle peut être directement utile, § 2281-2285). Elle est soumise à certaines formes § 2282), à certains délais (§ 2283), peut disparaître par la confirmation de celui qui a droit de l'invoquer (§ 144). La nullité rétroagit au moment où le motif d'annulation est survenu (§ 142).

Caducité du contrat successoire.

Ce contrat est soumis à la condition de survie du gratifié ; le droit du bénéficiaire passe à ses héritiers sauf convention contraire (§ 1923, 2076, 2106, ce sont les principes généraux). Le contrat qui est dans un con-

trat de mariage dépend de la condition « si nuptiæ sequantur » (§ 2279, 2077.)

Résiliation du contrat successoire.

Un nouvel accord des contractants peut mettre à néant le contrat successoire comme tout contrat ordinaire (*mutuus dissensus*). L'objet du nouvel accord des parties peut être plus ou moins étendu, simple modification, suppression du lien contractuel en maintenant la disposition qui devient un testament, ou substitution d'un nouveau contrat à l'ancien par une sorte de novation (§ 2290).

On applique les mêmes formes que pour le contrat successoire en général. Mais quand l'une des parties a disparu, c'est impossible et le contrat est définitif puisqu'il était irrévocable.

Le même effet de résiliation peut être obtenu indirectement par la faculté offerte aux parties dans le § 2291 : le disposant révoque le legs ou la charge dans un testament et l'autre partie déclare authentiquement y consentir.

Révocation du contrat successoire.

Il s'agit de l'anéantissement du contrat provenant d'une seule des parties, le plus souvent du disposant. Ce dernier ne peut se dégager à lui seul de l'obligation

qu'il a assumée ; si on lui accordait une faculté arbitraire de révoquer le contrat successoire, cette révocabilité ferait de l'acte un testament. Cette conséquence provient de l'irrévocabilité inhérente à tout contrat (§ 2293 à 2298).

Il y a cependant des cas exceptionnels où la loi permet à l'instituant de révoquer unilatéralement le contrat successoire :

Au cas de manquement du gratifié (§ 2294), qui auto-riserait à lui enlever la réserve s'il était réservataire (c'est une sorte d'indignité qui agit avant l'ouverture de la succession). Cette indignité peut disparaître par le pardon.

Au cas d'extinction d'une contre-prestation promise. Ainsi l'obligation d'entretien à la charge du gratifié s'est éteinte avant la mort du disposant (2295).

Quand le disposant peut révoquer, en agissant bonamente, la libéralité faite à son héritier réservataire qui est prodigue.

Il le fait dans l'intérêt de la famille et peut prendre différentes mesures protectrices (2289, al. 2).

Enfin au cas où le disposant s'est réservé dans le contrat le droit de révoquer seul la libéralité (2293).

L'acte reste toujours un contrat au sens général du mot, mais ce n'est plus un contrat successoire, cette faculté arbitraire de révocation, cette obligation provisoire, détruisent l'essence même du contrat successoire. C'est à tort que le Code civil (2293, 2298) continue à

traiter cet acte transformé de contrat successoire. En réalité c'est un testament.

Si les dispositions sont réciproques, la résiliation de l'un des contractants met fin au contrat tout entier (2298).

Toute révocation unilatérale se fait par déclaration à l'autre partie, devant le juge ou le notaire (§ 349). Il n'est pas nécessaire d'être capable pour la faire, puisqu'elle confère un avantage juridique.

La révocation fait disparaître le contrat tout entier, même les dispositions unilatérales, à moins qu'on ne les ait expressément exceptées (2299).

Cette révocation est elle-même révocable comme un testament (§ 2257). Après la mort de l'autre contractant, celui qui a le droit de révoquer ne peut plus le faire, mais il peut le révoquer dans un testament. Seul le mode d'exercice a changé.

Pas plus que le testament le contrat successoire ne peut porter atteinte au droit des héritiers réservataires (§ 2303). Cela résulte des principes généraux. Le contrat successoire est annulé quand le disposant a omis un réservataire qui se présente au moment de la dévolution héréditaire, à moins que l'on ne prouve que même en connaissant son existence, le disposant aurait agi de même (2281-2079).

L'héritier réservataire peut, comme nous le verrons plus loin, avoir renoncé par avance à sa réserve (§ 2346), auquel cas il n'y a plus à s'en préoccuper.

Avant le Code civil on se demandait si un contrat successoire déclaré nul ne pouvait valoir comme testament à condition d'en remplir les conditions. Il fut dit lors des travaux préparatoires, que l'on appliquerait le principe général : si un acte juridique nul satisfait aux conditions d'un autre, il est valable à ce dernier titre quand il y a lieu de présumer semblable intention chez les parties. L'affirmative est donc certaine aujourd'hui pour la conversion.

Contrat successoire en faveur de tiers (1).

D'après l'article 1941 le bénéficiaire du contrat successoire, l'héritier ou le légataire contractuel peut être aussi bien un tiers que l'autre contractant. Le premier projet n'avait pas admis cette modalité de notre contrat, qui peut n'avoir d'autre objet que cette libéralité à un tiers. Le principe est général : une institution contractuelle, un legs contractuel sont possibles en faveur d'un tiers. D'ailleurs le Code civil admet la validité des contrats en faveur de tiers (§ 328) ; ce n'est ici qu'une application particulière de cette règle.

Il faut entendre par tiers une personne qui ne participe pas à la convention, même par représentation. Le disposant veut lui faire avoir un avantage patrimonial, peu importe que le co-contractant y ait intérêt ou serve d'intermédiaire.

(1) HELLWIG. *Verträge auf leistung an dritte*. § 82, p. 620 et s.

Le tiers n'acquiert pas un véritable droit en vertu du contrat (à l'inverse de ce qui a lieu pour le contrat en faveur de tiers généralement (§ 333-143). Il n'a aucun droit actuel. C'est un contrat purement successoral qui fonde simplement un droit de succession pour ce tiers, une expectative successorale comme celle de tout héritier. Ce droit est exposé à de multiples causes de destruction et ne devient ferme qu'après la mort du disposant.

Mais par contre, et c'est ce qui distingue ici le contrat successoire du testament, l'élément créateur d'obligation empêche le disposant de pouvoir porter atteinte seul et arbitrairement au droit du tiers (§ 2289). Le *de cujus* ne peut supprimer ce droit sans l'assentiment de l'autre contractant, bien que ce dernier n'ait peut-être aucun intérêt au maintien du contrat; en tout cas cette volonté d'obliger le disposant n'est pas douteuse quand le co-contractant est à la fois bénéficiaire et chargé de la libéralité au tiers : en acceptant la disposition il a assumé la charge dont elle est grevée.

Mais l'obligation du disposant n'existe qu'envers l'autre partie; les contractants peuvent toujours, d'accord, rayer l'expectative juridique du tiers, sans lui demander son assentiment, à l'inverse de ce qui doit se faire pour un contrat en faveur de tiers, selon le paragraphe 328 (§ 2290). Cependant, ce n'est pas une raison pour dire qu'il s'agit alors d'une disposition unilatérale de dernière volonté en ce qui concerne le tiers.

Il est bien vrai que l'on peut révoquer la libéralité qui lui est faite sans son assentiment, mais le disposant ne le peut à lui seul : il faut l'accord des deux parties sur ce point pour délier l'obligation qu'elles ont créée. Par conséquent, même le consentement du tiers ne servirait à rien.

Dans une certaine mesure, la situation juridique du tiers est indépendante, puisque le disposant ne peut arbitrairement la détruire : la preuve, c'est que le tiers peut renoncer à son espérance successorale (2352). L'autre partie n'a pas plus de droit également que le disposant ; au contraire, le tiers ne saurait renoncer entre ses mains. C'est le manquement du tiers, l'extinction de la contre-prestation qui ouvriront le droit de révocation par son fait, et non pas par le fait de l'autre partie.

Quand le co contractant est mort, la situation du tiers est encore plus indépendante : le disposant ne peut plus révoquer le droit du tiers avec personne, le tiers n'a plus à craindre que l'exercice de la faculté réservée de résiliation (§ 2293). Si, après le contrat successoire, le disposant vient à s'engager contractuellement avec lui, il se lie vis-à-vis de lui ; l'ex-tiers devient co-contractant d'un nouveau contrat successoire. C'est une sorte de novation ; il faut qu'elle soit expresse : le fait d'avertir simplement le tiers du contrat en sa faveur n'entraînerait pas vis-à-vis de lui une obligation du disposant.

Le contrat successoire en faveur de tiers est fréquent en pratique, il est souvent joint à des contrats de mariage, d'adoption, de légitimation, d'affrérissement, de fideicommiss de famille. Il faut citer aussi les substitutions contractuelles en faveur de tiers, le contrat successoire de restitution, etc.

APPENDICE. — CONTRATS VOISINS DU ERBVERTRAG

Promesse de tester.

Le Code civil met fin à une ancienne controverse, en annulant « le contrat par lequel on s'oblige à faire, à ne pas faire, à révoquer ou à ne pas révoquer une disposition à cause de mort ». Cet engagement ne crée aucun droit à l'exécution de l'obligation assumée (§ 2302). Il s'agit d'un contrat et non d'une simple promesse ou de tout autre engagement du futur de cuius. Le plus souvent, le disposant s'engage à ne pas atteindre la réserve ou à ne pas révoquer un testament ; dans ce dernier cas, avec la théorie d'Hartmann, il reste un testament pur et simple, puisque cette théorie voit dans le contrat successoire une institution et une renonciation à la révoquer.

Donation à cause de mort.

La donation à cause de mort ressemble au legs contractuel, mais elle est révocable. Avant le Code civil,

si elle comprenait tous les biens; on la confondait avec le contrat successoire.

Pour le Code civil, elle n'est pas non plus un mode de disposer distinct de la donation entre vifs, du legs testamentaire ni du legs contractuel (§ 2301). Si le donateur exécute la donation, on applique les principes des donations entre vifs à cette donation soumise à la survie du donataire. Si ce n'est qu'une promesse sous cette même condition, on applique les principes des dispositions à cause de mort. Est-elle unilatérale? ce sont les règles des testaments; est-elle contractuelle? celles des contrats successoires.

Testament commun.

Du contrat successoire il faut rapprocher le testament commun où les deux testateurs peuvent lier si intimement leurs dispositions que la nullité, la caducité, la révocation de la disposition de l'un entraîne celles de l'autre; le testament commun est alors corréctif. Au cours de l'histoire, il se confondit souvent avec le contrat successoire, dont il ne se distingua jamais bien nettement. Quand un testateur est mort, l'autre qui avait accepté la gratification en sa faveur ne peut plus révoquer, mais de nombreuses controverses s'élevaient sur ce point; aussi le législateur ne l'admet-il plus qu'entre époux (§ 2265).

Le Code civil établit des cas de présomption pour la correspectivité admise par les époux (§ 2270) ; et il considère le testament commun et correspectif comme un contrat successoire. On ne peut stipuler la correspectivité que dans les dispositions qui pourraient faire l'objet d'un contrat successoire.

Le testament correspectif est assimilé de tous points au contrat successoire ; il était souvent très difficile de les distinguer, maintenant la question n'existera plus.

CHAPITRE II

ERBSCHAFTSVERTRAG

Convention sur la succession future d'autrui.

Pactum de hereditate tertii viventis

Une personne peut-elle faire avec une autre un contrat créateur d'obligations sur la transmission totale ou partielle du patrimoine successoral d'une certaine personne après sa mort ? Car ici il s'agit non plus d'un contrat successoire dont l'une des parties est le futur de *cujus*, mais où celui-ci n'est au contraire qu'un tiers étranger à l'acte. Quand bien même il ajouterait son consentement à l'acte, ce ne serait pas pour autant qu'il y participerait.

Le Code civil se trouvait en présence d'un droit commun (1) qui annulait le *pactum de hereditate tertii viventis* d'une manière générale, même quand ce dernier avait

(1) V. plus haut p. 300. La prohibition était-elle le vrai principe du droit commun en Allemagne avant le Code civil ? il est bien difficile de se prononcer ; il y en a tant de divergences dans les statuts, les auteurs, les décisions jurisprudentielles, qu'on ne voit guère la formule générale.

consenti à l'acte sans changer d'avis jusqu'à sa mort ; d'autre part on rencontrait de nombreuses législations hostiles à ce contrat, quelquefois même absolues, et ne tolérant pas le tempérament créé par Justinien (1). Il y en avait fort peu qui lui fussent réellement favorables (2).

Le Code civil a tranché la question à propos des contrats ; car il s'agit ici tout autant d'un droit d'obligation que d'un droit successoral.

Selon le paragraphe 312 : « Le contrat sur la succession d'un tiers encore en vie est nul. Il en est de même du contrat sur la réserve ou sur un legs dans la succession d'un tiers encore en vie. »

Les raisons de la prohibition romaine sont donc restées prépondérantes ; bien que ce ne soit pas cependant la théorie romaine dans toute son étendue.

Le premier projet avait ajouté dans le paragraphe 349 que ce contrat n'était pas davantage valable, quand il s'agissait d'une convention sur la succession de personnes indéterminées (par exemple, un émigrant vend, avant de partir, toutes les successions qui pourront lui survenir dans la suite) ; car l'opinion dominante admettait avant le Code civil, d'une manière générale, que

(1) CESTERR. G. B. § 879, n° 4. Projet d. C. civ. bavarois, II. a. 27. Hessois, IV. 1. a. 54. Hongrois. § 369. Liv. Est. KURLAND. *Privatr. a.* 2.667.

(2) Théorie justinienne. SÆCHS. G. B. § 2563. Admission la plus étendue du contrat sur la succession d'un tiers vivant : Pr. Ldr. I. 11. § 446. I. 12. § 649, II. 2. § 357.

le contrat dans ce cas était valable ; c'était, disait-on, un pactum spei ordinaire, et d'autre part l'immoralité du contrat disparaissait lorsque la succession était indéterminée. A la deuxième lecture on effaça cet article, mais en déclarant qu'il était superflu ; par conséquent, il ne faut pas voir là une exception à la prohibition du paragraphe 312. D'un autre côté, il faut remarquer que le Code civil est plus réservé en ce qu'il repousse même le tempérament admis par Justinien : le consentement du tiers à l'acte ne rendra pas le contrat valable, qu'il intervienne avant ou après, expressément ou tacitement (1). Tant que le tiers est vivant, aucun contrat de ce genre ne peut être fait, même s'il est en état d'absence (2).

Le principe (3) s'étend à tout contrat créant obligations sur la succession en général d'un tiers encore vivant : une aliénation plus ou moins complète du droit éventuel ; que ce soit un simple droit d'hypothèque qui soit conféré ou un usufruit, ou encore un partage de la succession future entre les cohéritiers présomptifs. Peu importe aussi qu'il s'agisse de l'universalité de la succession, ou d'une quote-part, de la réserve, d'un legs,

(1) I. Motifs, II. p. 186. Protocol de la II. Comm. I. p. 456,

(2) Motifs II. p. 186. HASSE II. p. 235. — BESELER, *Deut. Privatr.* § 136 in fine. — SEUFFERTS. *Archiv.* I. n° 252. XXXVIII, n° 37. — Pr. Ldr. I. 12. § 6.530.

(3) PLAUCK. B. G. B. avec L. d. Introduct. 2^e éd., t. II, p. 83. Le contrat est obligatoire entre les héritiers seulement qui ont coopéré au contrat ; l'ordre de la dévolution n'est pas changé ; l'héritier qui a aliéné sa part conserve sa qualité d'héritier.

ou d'un objet particulier de l'hérédité. Mais il faut en distinguer la promesse de paiement à l'époque de la mort de quelqu'un : ce qui est une obligation à terme simplement.

Il est vrai que le Code civil crée une large exception (1) à sa prohibition dans l'al. 2 du § 312 : « Cette prohibition ne s'applique pas au contrat conclu entre futurs héritiers légitimes sur la part héréditaire légitime, ou sur la réserve de l'un d'eux. Pareil contrat doit être fait en justice ou devant notaire. »

Peu importe que le contrat obligatoire ait pour but une aliénation totale ou une simple charge ou des compensations réciproques. Le contrat passé entre les héritiers présomptifs a toutes les conséquences juridiques du droit des obligations. Le premier projet (2) avait écarté cette exception ; mais on a bien reconnu (3), lors des travaux préparatoires, que cette sorte de contrat familial n'avait rien de choquant ni d'immoral ; il se présentera souvent comme cession de biens, comme abandon de part avant d'émigrer, comme arrangement entre frères et sœurs. On aurait cependant bien voulu pouvoir exiger pour la validité du contrat le consentement du futur de cujus ; mais on eut peur d'entraver par trop la possibilité de semblables contrats quand le

(1) WINDSCHEID, *op. cit.* § 529, n° 4.

(2) § 349.

(3) I. Motifs. II, p. 184.

futur de cujus serait aliéné mentalement, ou établi à l'étranger ou même en état d'absence (1).

(1) SCHIFFNER, § 55; p. 207.

CHAPITRE III

ERBVERZICHT

Renonciation à succession.

Le contrat de renonciation à succession future, ou désistement de succession (Erbverzicht) est exactement, au point de vue du fond, l'opposé du contrat successoire ; dans ce dernier le disposant, qui en est la principale personne et joue le premier rôle, fonde un principe de vocation héréditaire, alors que dans le contrat de renonciation l'héritier qui est le premier en ligne ou plutôt joue le rôle prépondérant, détruit cette vocation ; c'est un contrat d'exclusion, un contrat successoire renonciatif (1). Sa situation systématique se comprend donc bien dans le Code civil à la section VII du livre V, peu après le contrat successoire (sect. IV). Néanmoins, par son ensemble, le contrat de renonciation se rattache plutôt de préférence à la succession en général, surtout à la succession légale pour laquelle le Code

(1) C'est un contrat modificatif de la succession légale en principe, mais il peut changer toute dévolution héréditaire : testamentaire, contractuelle ; enfin il atteint tout ce qui est successoral, même la réserve.

civil semble le réglementer d'une façon plus spéciale. Ce qui prouve son acception générale, c'est qu'il se trouve à la suite des principes de la réserve qui commandent toute transmission successorale, et à la suite de ceux de l'indignité (sect. VI).

Le Code civil a réglementé la renonciation dans les paragraphes 2346 à 2352; c'était une institution née sur le sol germanique et que les traditions avaient sans cesse conservée, surtout pour la noblesse, en dépit des attaques répétées du droit romain. Nous avons vu quelles étaient les difficultés auxquelles donnaient lieu différentes questions relatives aux renonciations dans le droit commun; par suite une réglementation s'imposait pour mettre fin à toutes les controverses qu'étaient élevées (1).

Quel est au fond la nature de la renonciation? A quelle catégorie d'acte faut-il la rattacher d'une manière générale? Il est une observation préliminaire, qu'il faut faire avant de commencer l'analyse de la nature juridique de la renonciation, c'est que presque toujours la renonciation a lieu en l'échange d'un équivalent ou d'un avantage quelconque accordé au renonçant en compensation des droits successoraux qu'il abandonne.

Dans le système du B. G. B. la renonciation ne fait pas partie des Erbverträge (contrats successoraux) à

(1) Il faut distinguer de la renonciation à succession future, la renonciation à succession ouverte, et celle qui résulte d'un contrat passé du vivant du *de cuius* entre les héritiers présomptifs (§ 312 al. 2).

l'inverse de ce qui avait lieu dans le système allemand antérieur au nouveau Code civil allemand. Le premier projet semblait analyser la renonciation de la manière suivante : le *de cujus*, avec l'assentiment du renonçant, transformé la succession légale ; la personne jouant le rôle principal dans la renonciation ne serait pas le renonçant, mais le *de cujus* (1). Cette manière de voir était contraire à la conception naturelle de la renonciation (2), à l'expression *Erbverzicht*. En réalité, la deuxième commission n'a pas admis l'opinion du premier projet, puisqu'elle a permis au *de cujus* de se faire représenter, à l'encontre de ce qui a lieu pour le contrat successoire.

Il faut donc reconnaître à la renonciation la nature d'un acte *sui generis*, indépendant du *Erbvertrag* (3).

Le *de cujus* ne dispose pas de sa succession, ou ne révoque pas sa disposition s'il s'agit d'une vocation testamentaire ou contractuelle, mais il ne fait que donner son assentiment à la disposition que fait ainsi le renonçant. Il donne son assentiment et rien que cela ; il n'a pas à coopérer autrement au résultat cherché, s'il veut avoir connaissance de la renonciation. Sans quoi la renonciation ne serait que la renonciation, ou plutôt la répudiation par avance d'une succession, qui serait soumise alors à une forme spéciale, pour être efficace, à

(1) Motifs. V, p. 471.

(2) GIERKE. *Der Entwurf*, p. 545, 546.

(3) HELLWIG, § 83, VI, p. 634.

l'encontre du principe du § 1946 : « l'héritier peut accepter ou répudier la succession aussitôt qu'elle est dévolue ».

La coopération du futur de *cujus* à l'acte, sa volonté a toujours la signification positive d'un acte juridique qui règle le sort de sa succession.

Cette conception est la seule exacte ; elle est si vraie que l'on ne peut donner sans elle un sens rationnel à la réglementation par le Code civil de la renonciation successorale. Comment expliquer autrement que la loi ait exclu la représentation du futur de *cujus* (comme s'il s'agissait d'une véritable disposition de dernière volonté (1) et que, au cas où sa capacité est limitée) le de *cujus* puisse et même doive agir sans l'assentiment de son représentant légal (§ 2347, al. 2, phr. 1. comparé à § 2290, al. 2, ph. 2) (2). Mais il faut reconnaître par contre qu'il y a des règles spéciales qui distinguent cependant le contrat de renonciation des dispositions à cause de mort : par exemple, si le futur de *cujus* est incapable de contracter, son représentant légal peut le faire sous l'approbation du tribunal des tutelles, ce qui n'a plus lieu dans le cas de révocation du pacte successoire (le § 2290, al. 2 et 3 ne fait pas la réserve que contient le § 2347, al. 2, phr. 2).

(1) C'est-à-dire au sens général de disposition à cause de mort (testamentaire ou contractuelle).

(2) La renonciation est un acte relatif au droit successoral et d'une espèce propre ; elle n'est soumise aux principes généraux qu'en l'absence de règles spéciales.

Il s'agit avant tout dans ce contrat de faire disparaître le droit éventuel, l'expectative successorale qui appartient à une personne à l'égard d'une autre au point de vue de sa succession. Le rôle principal est joué ici par le renonçant; la qualité maîtresse chez lui doit donc être celle d'héritier présomptif; il faut qu'il y ait sur sa tête un droit éventuel à la succession pour que son désistement ait une portée pratique quelconque. Peu importe que la vocation qui repose sur lui, soit légale (§ 2346) ou testamentaire (1), ou encore contractuelle (lorsqu'il s'agit d'un contrat successoire en faveur d'un tiers) (§ 2352); peu importe qu'il ait un lien de parenté avec le futur de *cujus*: descendant direct ou parent collatéral, même conjoint, ou qu'il soit un véritable étranger (§ 2346, § 2352) (2). Ce qu'il faut avant tout, c'est qu'il ait une vocation pour pouvoir élever le jour de l'ouverture des prétentions héréditaires à la succession.

Le contrat de renonciation est un contrat (3) créant

(1) La renonciation à une vocation testamentaire aura seulement en général une signification quand il s'agit d'un testament commun corrépondant, qu'un époux seul ne peut plus changer. SAUER, *op. cit.*, § 78, p. 290, n° 7; ou au cas d'incapacité de tester chez le *de cuius* (malade d'esprit) et par suite de le révoquer (§ 2064, § 2347, al. 2, p. 2, § 2352, p. 3).

(2) En dehors de la renonciation du tiers bénéficiaire d'un contrat successoire seuls les parents et le conjoint du *de cuius* peuvent renoncer aux termes de l'article 2346. Mais le fisc qui est le dernier héritier ne peut pas plus renoncer à une succession non ouverte qu'à une succession ouverte (§ 1942, al. 2 et 1938). Peu importe néanmoins que les parents ne soient pas les héritiers les plus proches.

(3) La renonciation peut avoir lieu à l'occasion d'un mariage, d'une adoption.

obligation et d'autre part il entraîne des conséquences extrêmement importantes : il peut aller jusqu'à un dépouillement intégral de tous les droits successoraux du renonçant, d'autant plus qu'il est possible à titre gratuit comme en échange d'un équivalent. La gravité de semblable contrat a poussé la loi à organiser en quelque sorte la protection de l'incapable ; elle applique les règles générales de capacité et les met comme conditions essentielles à la formation du contrat. Selon le § 3347 : « Si le renonçant est en tutelle, il faut l'approbation du tribunal des tutelles ; s'il est sous puissance paternelle, il en est de même, à moins que le contrat ne soit conclu entre époux ou fiancés. »

Par conséquent, si l'autre contractant est d'une capacité restreinte, il lui faut l'assentiment de son représentant légal ; c'est le principe général du paragraphe 107 ; et il lui faut de plus l'approbation du tribunal des tutelles s'il est en tutelle (1) ; il en est de même s'il est sous puissance paternelle, à moins de contrat entre fiancés ou époux (2). Ce sont les mêmes règles que celles de la capacité requise chez l'autre contractant, quand il révoque le contrat successoraire d'accord avec le futur de cujus (§ 2290, al. 2 et 3) (3).

(1) § 1909, 1910.

(2) La renonciation sera dans ce cas en principe liée au contrat de mariage.

(3) Si le consentement du représentant légal, l'autorisation du tribunal n'ont pas été donnés effectivement, le renonçant, devenu capable, peut lui-même confirmer sans formes la renonciation, § 108.

L'autre personne du contrat, vis-à-vis de laquelle le renonçant fait sa déclaration, c'est le futur de cujus, celui vis-à-vis de qui le renonçant se considère alors et est considéré par celui-ci également comme ayant à son égard une expectative successorale. Déjà dans le droit antérieur au Code civil, on s'en souvient, on avait exclu la renonciation faite entre les mains d'autres personnes que le futur de cujus ; car on y avait vu avec raison un pactum de hereditate tertii viventis, qui tombe aujourd'hui sous la prohibition du § 312 et ce que confirme le § 2346 : « par contrat avec celui-ci (le futur de cujus.) »

La conception que nous avons proposée sur la nature du contrat de renonciation nous a donné déjà l'occasion de parler de la capacité du futur de cujus pour pouvoir consentir à cette renonciation. C'est de sa part, avons-nous dit un simple consentement, et par suite la loi est moins sévère en ce qui concerne sa capacité que pour le contrat successorale. Pour ce dernier, en effet, il lui faut une capacité de contracter illimitée ; sinon, il ne peut en faire un, même avec l'assentiment de son représentant légal, excepté entre époux ou fiancés (§ 2275). Les mêmes principes s'appliquent pour la révocation du contrat successorale, § 2290, mais il est permis au futur de cujus de révoquer même sans l'assentiment de son représentant légal, lorsqu'il n'a qu'une capacité de contracter restreinte ; on retrouve exactement les mêmes principes au cas de contrat de re-

nonciation § 2347 : « Si sa capacité (du futur de cujus) est restreinte, il n'a pas besoin de l'assentiment de son représentant légal. » L'acte est ainsi considéré, et avec raison, par la loi comme bien moins grave que le contrat successoire.

Le contrat de renonciation met donc en présence le futur de cujus et son héritier présomptif, héritier de la loi, du testament ou du contrat. Mais en ce qui concerne le contrat successoire, nous savons qu'il peut être fait soit en faveur de l'autre partie, qui est alors co-contractant et bénéficiaire à la fois, soit en faveur d'un tiers, en tout ou en partie. Le Code civil permet à ce dernier de faire avec le futur de cujus un contrat de renonciation § 2352, ph. 2, mais il ne le permet pas à l'autre contractant, lorsque c'est lui qui est le bénéficiaire de la disposition (1), ou même sans cela ; la loi a sans doute pensé qu'il suffisait de la révocation par contrat avec le futur de cujus (2) (§ 2290) ; cette exclusion résulte de la lecture des paragraphes 2346 et 2352. Il est vrai que Hellwig considère cette restriction comme une conséquence ; les raisons pour lesquelles on écarte la renonciation au cas de contrat successoire, se retrouvent au cas de testament pour lequel on l'admet (§ 2352, ph. 1). Il se peut que le futur de cujus ait intérêt à obtenir la

(1) En ce sens. SAUER, *op. cit.*, § 78, p. 290, n° 4.

(2) Ou par un testament commun entre époux, § 2292. La conséquence pratique est qu'entre les parties du contrat il faudra selon § 2290, al. 4, la forme solennelle du § 2276, et que la révocation est impossible aussitôt que survient l'incapacité du *de cujus*.

renonciation plutôt qu'à faire une révocation d'accord (1) avec le bénéficiaire.

En tout cas, cette différence de traitement fait bien ressortir les deux rôles de bénéficiaire et de co-contractant dans le contrat successoire ; quand le co-contractant est mort, le *de cujus* ne peut plus révoquer le contrat successoire par contrat, mais il lui reste la ressource, au cas où c'est un tiers qui est bénéficiaire, d'obtenir ou de recevoir sa renonciation (2) (§ 2352).

La renonciation du tiers bénéficiaire n'a d'effets qu'à l'égard de lui-même, mais laisse intact le reste du contrat successoire (Hellwig, op. cit. p. 633). Il semble que si la libéralité faite au tiers ne contient qu'un simple legs, il suffit de la forme du § 2291.

Si la disposition faite à l'autre partie contractante est unilatérale, elle pourra y renoncer, comme si cette disposition était contenue dans un testament, bien que ce soit un contrat successoire.

(1) HELLWIG, § 83, VI, n° 306, p. 633. (Par exemple au point de vue de la réserve.)

(2) De même que l'autre contractant peut avec le futur *de cujus* révoquer, sans l'assentiment du tiers, le contrat successoire en faveur de ce dernier ; de même le tiers peut renoncer à son droit (§ 2352) sans le consentement de l'autre contractant qui a formé le contrat avec le futur *de cujus*. Wilke prétendait le contraire sous prétexte que les deux parties du contrat sont chacune *de cujus* vis-à-vis du tiers. Mais cette conception est étrangère au Code civil.

Objet de la renonciation.

Ce qui constitue l'essence même du contrat de renonciation, c'est que le renonçant se^s désiste d'un droit éventuel à une succession future ; cet acte se distingue bien nettement de la répudiation d'une succession ouverte où l'héritier exerce le droit d'option (§ 1946).

Il s'agit ici d'une simple expectative successorale. Mais il ne faut pas dire que c'est le futur de cujus qui, de l'assentiment du renonçant, modifie la succession légale (1) ; c'est le renonçant qui joue le rôle prépondérant ; il exerce son droit de renoncer par contrat de renonciation d'une manière toute spontanée.

Peu importe que la renonciation se fasse en échange d'une indemnité ou non : cela ne change rien à sa nature, ne lui ajoute rien, et n'en retranche rien non plus. C'est un contrat particulier qui s'y ajoute et qui n'y est lié que d'une manière extérieure (2) ; c'est un contrat successoire s'il en remplit les conditions (3). Mais nulle part la conception générale du Code civil (§ 2346-2347) ne permet de supposer qu'il exige ou

(1) Contra. SAUER, *op. cit.*, § 78, p. 290, n° 5 et il s'appuie sur les I Motifs. V, p. 471.

(2) S'il est nul il n'entraîne pas la nullité de la renonciation. STROHAL, p. 289. ENDEMANN, III, § 64.

(3) Mais ce n'est pas une donation et les créanciers du renonçant ne pourraient la faire annuler. D'ailleurs la renonciation est un acte abstrait et une renonciation réciproque constitue deux actes séparés, non pas un contrat synallagmatique.

exclut pour la formation du contrat de renonciation une indemnité en faveur du renonçant (1).

Peu importe également que le renonçant déclare faire sa renonciation au profit de tel ou tel autre des héritiers présomptifs. Il peut se contenter de renoncer purement et simplement, in abstracto, à son droit héréditaire. Il n'en faut pas davantage.

Le renonçant peut limiter sa renonciation à la présence (lors de l'ouverture de la succession, comme héritiers appelés et acceptants) de certaines personnes ; ce n'est qu'une modalité de la renonciation (2) (§ 2350).

Il faut qu'il s'agisse d'un droit héréditaire futur auquel on renonce ; mais il suffit d'un droit qui ait le caractère successoral (3). La renonciation peut être relative à la totalité, à une quote-part, ou à un objet particulier (4) de la succession. La renonciation successorale peut aussi ne porter que sur la réserve (5) (§ 2346-2303).

(1) SAUER, *op. cit.*, § 78, p. 290, entre les notes 6 et 7.

(2) Que le fondement de la vocation héréditaire soit la loi, un testament ou un contrat.

(3) On peut ajouter à la renonciation un terme ou une condition.

(4) La renonciation à une succession ouverte, § 1950, ne peut avoir lieu que pour la totalité.

(5) Dans ce cas la succession légale n'est pas atteinte ; le *de cuius* n'obtient que sa liberté de disposer au regard, du renonçant, de toutes manières. La règle dispositive du § 2349 s'applique à cette renonciation, mais non pas le texte interprétatif du § 2350. Il faut distinguer de cette renonciation anticipée à la réserve celle qui intervient après l'ouverture de la succession, § 2317, et celle qui a lieu auparavant, mais entre les héritiers présomptifs, § 312, § 2.

A l'inverse on peut renoncer à la succession légale sans renoncer au

Elle peut même avoir un objet tout spécial : au cas de communauté continuée, on permet au descendant commun des époux, pour le cas où le mariage serait dissous par la mort de l'un d'eux, de renoncer vis-à-vis de cet époux à sa part dans les biens communs de la communauté continuée, et avec l'assentiment de l'autre époux (§ 1517) (1).

FORMES DE LA RENONCIATION (COMME LE CONTRAT SUCCESSOIRE)

Effets du contrat de renonciation.

La conséquence de la renonciation, c'est que dans la mesure où le renonçant s'est interdit d'élever, lors de l'ouverture de la succession légale, testamentaire ou contractuelle, aucune prétention héréditaire (2), « il en est exclu ; il est comme s'il ne vivait plus au moment de la dévolution. Il n'a pas droit à une réserve (3) », c'est

droit de réserve. (En ce sens. *Motifs*, V, p. 472.) Ce serait être trop formaliste que de prêter au Code civil la pensée d'avoir lié absolument la réserve au droit de succession. Le paragraphe 2346 ne s'y oppose pas et l'on nuirait aux exigences de la pratique. (STROHAL, p. 286, 287.)

(1) SAUER, *op. cit.*, § 78, p. 290, n° 8, *in fine*.

(2) Néanmoins la qualité de l'héritier, sa parenté, ne disparaissent pas. Tandis que par exemple au cas de révocation d'une disposition testamentaire ou contractuelle, tout est anéanti, même le titre d'héritier, la qualité. HELLWIG, § 83, VI, p. 634.

(3) L'héritier réservataire qui renonce perd en même temps la réserve, conséquence de son droit successoral ; cela résulterait déjà du paragraphe 2303. Mais c'est la règle générale : les parties peuvent séparer le sort de la réserve et celui du droit successoral.

le texte même du § 2346, al. 1, ph. 2. L'effet est absolu; c'est la conséquence du contrat qui a créé l'obligation de ne rien réclamer. Et ici nous avons encore bien la preuve que, contrairement à certains auteurs, c'est bien le renonçant qui se dépouille avec l'assentiment du futur de *cujus*, et non pas ce dernier qui gratifie une autre personne avec le consentement du renonçant, puisque la loi permet au renonçant de s'enlever tout droit successoral, même sa réserve, tandis que le disposant n'y peut porter atteinte dans un contrat successoire (§§ 2303-2346) (1).

La renonciation n'a d'effets qu'au cas où celui en faveur duquel le renonçant s'est désisté, existe et accepte la succession lors de son ouverture; sinon, le renonçant vient à la succession comme s'il n'y avait jamais eu aucun contrat de renonciation. La question est simple lorsque la volonté des parties est très fermement exprimée à ce sujet. Mais il se peut qu'elle ne l'ait pas indiquée d'une manière explicite et la loi, pour mettre fin aux anciennes controverses sur « le cas libre », auxquelles s'étaient livrés les auteurs, surtout en matière de renonciations des filles nobles, a posé, dans le § 2350 (2), des règles très nettes, à l'effet d'interpréter leur volonté :

(1) Aussi le contrat de renonciation sera-t-il rare entre le futur *de cuius* et l'héritier qui n'a pas de réserve, puisqu'il peut arriver au même résultat par une disposition à cause de mort. SAUER, *op. cit.*, § 78, p. 290, n° 6.

(2) Il s'agit donc d'une renonciation essentiellement relative.

« Si quelqu'un se désiste au profit d'un autre de son droit de succession légitime, en cas de doute le désistement n'est réputé fait que pour le cas où cet autre devient héritier (1).

« Si un descendant du futur de *cujus* renonce à son droit de succession légitime, en cas de doute le désistement n'est réputé fait qu'au profit des autres descendants et du conjoint du futur de *cujus* (2). »

Il faut remarquer qu'il ne s'agit ici que de la renonciation à une vocation découlant de la loi ; et c'était le seul cas où il pût y avoir lieu de se poser la question ; au cas de vocation héréditaire provenant de testament ou de contrat, on sait parfaitement à quoi s'étend la renonciation ; la disposition disparaît, et voilà tout ; le renonçant n'aura plus le droit d'y prétendre. Tandis que la succession de la loi est indéfinie, c'est-à-dire qu'il y a toujours quelqu'un qui recueille les biens de l'hérédité ; et il fallait savoir où s'arrêtait la portée de la renonciation, jusqu'où elle allait. Aussi, le § 2352 ne renvoie-t-il pas au § 2350.

Enfin il peut arriver que le renonçant meure avant le futur de *cujus* et l'on n'a pas oublié avec quelle ardeur on avait discuté la question de savoir si cette renonciation s'étendait aux descendants du renonçant ; on n'avait

(1) Cet alinéa précise l'effet essentiel d'une renonciation relative.

(2) Cet alinéa donne le critérium d'une semblable renonciation.

pas fourni moins de quatre solutions sur la question. Le Code civil tranche la controverse dans le § 2349. « Si un descendant ou un collatéral du futur de cujus se désiste de son droit de succession légitime, l'effet de son désistement s'étend à ses descendants sauf disposition contraire. » (1) Il s'agit du cas où le renonçant n'a parlé qu'en son nom.

Le Code civil ne parle pas du conjoint, qui peut aussi renoncer à la succession future de son conjoint dans la mesure de son droit héréditaire (§ 2346) ; mais c'était inutile, car ses enfants lui sont communs avec le futur de cujus envers qui il a renoncé ; les enfants d'un premier lit n'ont aucun droit successoral.

Cette question ne se pose pas au cas de renonciation à une vocation héréditaire conférée par testament ou par contrat successoire ; en effet ce n'est qu'une expectative successorale, un droit éventuel, qui justement est soumis à la survie du bénéficiaire au disposant, et qui disparaît avec sa mort (le § 2352 ne renvoie pas à 2346).

L'étendue de la renonciation est une question d'interprétation.

(1) Cette solution permet d'atteindre réellement le but poursuivi dans le contrat : maintenir l'intégralité du patrimoine ou faciliter un arrangement, c'était ce qu'avait oublié le premier projet. La renonciation n'a aucun effet vis-à-vis des ascendants du renonçant. L'effet de la renonciation s'étend à tous les descendants, même à ceux qui existaient déjà lors de l'acte. Le principe du § 2349 est dispositif et non pas seulement interprétatif de volonté. Une volonté contraire doit être exprimée clairement.

Révocation (1).

Le contrat de renonciation est un contrat et les deux parties qui l'on fait peuvent, par l'accord de leur volonté, le détruire ; le principe est le même que pour tous les contrats, les parties ont le droit de le transformer, de le modifier en tout ou en partie, de changer une de ses clauses ou toutes jusqu'à le supprimer entièrement, en vertu de l'autonomie de leur volonté, par *concessus contrarius* ou *mutuo dissensu* ; de même que le contrat successoire proprement dit (ou contrat dispositif) disparaît par une révocation contractuelle, de même le contrat de renonciation (ou contrat renonciatif) peut être effacé et permettre à l'ancienne vocation héréditaire du renonçant (légale, testamentaire ou contractuelle) de renaître comme auparavant (2).

Le Code civil, tout en posant le principe implicitement, ce qui n'est qu'une application des principes généraux, soumet la révocation de la renonciation aux mêmes conditions de formes et de capacité que le contrat de renonciation lui-même (§ 2348), mais seulement en ce qui concerne la capacité et la représentation du

(1) En Bavière, elle ne peut se faire que devant notaires. SAUER, § 78, p. 289.

(2) Dans le droit antérieur, la possibilité d'une révocation était très discutée. Le Code civil considère la renonciation comme ne supprimant pas tout à fait le droit de succession ; elle n'est qu'un obstacle à l'exercice du droit. La renonciation à une disposition à cause de mort peut être révoquée, bien que le § 2351 précède le § 2352 qui n'en parle pas.

futur de cujus (1). Quant au renonçant il va de soi qu'il n'est besoin pour lui d'aucune exigence de forme, puisque par la révocation de sa renonciation il obtient un avantage juridique (§ 107), ce pour quoi il n'est pas nécessaire d'être capable.

Le texte est absolument général et il permet de révoquer tout contrat de renonciation, même de renonciation à succession testamentaire ou contractuelle.

Le § 2352 qui ne renvoie pas à 2351, ne fait que confirmer l'acception générale du principe de révocation. D'ailleurs il n'y aurait pas de raison de distinguer.

Dispositions transitoires. Loi d'introduction art. 217.

LE DROIT ITALIEN

Le droit civil italien est loin de favoriser les conventions sur succession future ; la succession contractuelle est bannie du Code civil d'une manière encore bien plus rigoureuse que dans notre droit et même que dans le droit romain.

L'esprit général du droit civil était depuis longtemps empreint en Italie des idées françaises et des traditions romaines. Avant l'unification italienne qui se produisit

(1) Il ne peut donc faire le contrat qu'en personne ; s'il est incapable, ce sera le représentant légal, avec l'assentiment du tribunal des tutelles.

de 1859 à 1861, il y avait dans la Péninsule plusieurs législations différentes, variant avec les pays ; néanmoins toutes (il y en avait une vingtaine) reproduisaient presque de la même manière la prohibition de notre Code civil français. D'ailleurs, ce Code avait été déclaré applicable en Italie par le décret impérial du 30 mars 1806 ; il est vrai qu'après la chute de l'Empire, il se fit une réaction violente contre l'admission de notre législation, dans plusieurs Etats italiens (duché de Parme où l'on publia un Code civil en 1820), mais tous à peu près conservèrent la prohibition des contrats sur succession future. Un des Codes les plus importants à cette époque, le Code sarde, dit Code albertin, publié en 1837, prohibait tous pactes successores, sans même admettre le tempérament de Justinien au cas de consentement du futur de cujus (a. 694, 1009, 1607, 1859) ; comme le droit français, il admettait l'institution contractuelle par contrat de mariage en faveur des époux ou des enfants à naître, la donation entre époux du disponible, qu'elle soit réciproque ou non, mais à condition qu'elle ait lieu durante matrimonio (a. 1183) ; seulement par contre, il faut reconnaître qu'il permettait les renonciations à l'occasion d'entrée dans les ordres religieux (1187, 1188).

Les rédacteurs du Code civil italien en vigueur aujourd'hui, revinrent en arrière et supprimèrent tous les tempéraments que l'on pouvait avoir apportés à la

prohibition des pactes successoires. On considéra (1) la succession contractuelle d'une manière générale comme dangereuse pour la propriété, qu'elle rendait incertaine, pour le crédit immobilier, qu'elle faisait baisser, pour le système hypothécaire, pour la transcription. Il fallait protéger la liberté testamentaire, et défendre la cession de droits que l'on n'avait pas encore dans son patrimoine. Ces raisons étaient trop graves même pour permettre les exceptions reconnues par le droit français; tous les dangers signalés se retrouvaient tout autant au cas d'institution contractuelle en faveur du mariage (2).

Par suite de ces idées on alla beaucoup plus loin que le droit français et même que le droit romain : a. 1118 : « Les choses futures peuvent faire l'objet d'un contrat.

« On ne peut cependant renoncer à une succession encore ouverte, ni faire aucune stipulation sur cette succession, soit avec celui de la succession duquel il s'agit, soit avec des tiers, même avec son consentement » ; a. 1460. « Est nulle, la vente des droits sur la succession d'une personne vivante, même de son consentement. »

La prohibition est absolue ; elle ne souffre même pas d'exception au cas où le futur de cujus apporte son

(1) PISANELLI. *Rapp. sur le Liv. III du Proj. d. C. civ. ital.*, p. 31, 32.

(2) VACCA. *Rapp. au Sénat sur le même chapit.*, p. 27.

consentement à l'acte ; les textes excluent expressément ce moyen de le valider.

S'il s'agit d'une convention entre le futur de cujus et ses propres héritiers, il n'y a aucune différence : le code italien ne reconnaît que deux moyens de transmettre la succession, la loi ou le testament ; l'article 720 reproduit notre article 893 : « La succession sera dévolue par la loi ou le testament. » Les termes sont impératifs.

La prohibition est générale, qu'il s'agisse de l'universalité de la succession, ou d'une quote-part, ou d'un objet particulier. La mesure est rigoureuse, inflexible et elle trouve son application encore dans les articles 954 et 1380 (1).

Tel est le système du droit italien en matière de succession contractuelle. Les rédacteurs du Code avaient cependant bien admis la liberté la plus absolue des parties en matière de conventions ; ici ils crurent faire acte de sagesse législative et ce fut la raison de leur sévérité.

Mais le droit civil subit en ce moment chez les Italiens comme chez nous un grand mouvement de transformation évolutive et tout un parti (2) réclame avec

(1) Aucune exception connue dans notre droit ; toutes les plus petites traces de succession contractuelle restées dans le nôtre ont été effacées : pas d'institution contractuelle en faveur du mariage ; on admet seulement le partage d'ascendants entre vifs ou par testament comme en France.

(2) CIMBALI. *La nuova fase del diritto civile*, ch. VII. II. Della successione contrattuale, § 200.

instance l'abolition de cette prohibition dont les dangers ne sont pas si grands qu'on veut bien le dire ; les réformateurs tout au moins se contenteraient du système germanique.

LE DROIT ESPAGNOL

La législation espagnole (1), avant le Code civil de 1889, en matière de succession contractuelle, s'inspirait des principes romains. Toute donation à cause de mort était essentiellement révocable (Fuero Juzgo, liv. V, t. III ; Fuero Real, liv. III, t. XII, a. 6 ; Partidas, titre 4, liv. II, V). (Dans la Haute-Catalogne, dans les territoires de Soria, Tremp, Seu-de-Orgel, on tolérait les donations de biens à venir faites par le père dans le contrat de mariage de ses enfants.) La vente d'une succession future était nulle à moins que le de cujus n'y consentît (Code des siete Partidas, V). Cependant l'on reconnaissait le partage d'ascendants, le pactum de mutua successione entre militaires en souvenir de la l. 19, C. De Pact. 2. 3., et enfin la *societas omnium bonorum* qui comprenait les successions à venir pour la pleine propriété, à condition d'être indéterminées, ou alors sans cela avec le consentement du de cujus.

Lors de la confection du Code en vigueur actuelle-

(1) E. GARCIA HERREROS. *La sucesion contractual*, § VIII, p. 135 et s.

ment, l'influence de l'exemple français fut considérable et l'on oublia de s'inspirer des idées allemandes. On admit cependant les contrats de rente viagère, d'assurance sur la vie (a. 1803).

L'article 1271 reproduit notre article 1130 du Code civil français. Il y a comme chez nous des exceptions : le partage entre vifs d'un bien héréditaire (a. 1056) que tout le monde peut effectuer, et dont le testateur peut charger un tiers (a. 1057) ; on peut affecter cette libéralité de toute condition, par exemple de renoncer à une succession future.

Les époux peuvent stipuler dans leur contrat de mariage qu'au cas de mort de l'un deux, le survivant répartira à son gré les biens du défunt, mais sans atteindre les droits des réservataires (a. 831).

Une personne peut promettre à une autre de constituer ou de ne pas constituer un préciput (a. 826), engagement irrévocable seulement dans un contrat de mariage ou dans un acte onéreux (a. 827), ou encore quand il émane d'un père vis-à-vis de ses enfants majeurs (a. 825).

Les époux dans leurs conventions matrimoniales peuvent faire entrer dans la communauté toutes les successions qui pourront leur échoir pourvu qu'elles soient indéterminées (a. 1315), ou s'instituer réciproquement héritiers (a. 1331).

L'adoptant peut promettre à l'adopté de l'instituer héritier (a. 177). Dans les coutumes particulières de

l'Espagne, restées en vigueur, il y a encore beaucoup d'exceptions : conventions matrimoniales en Catalogne, société conjugale en Aragon, les exceptions des lois de Castille, des *Fueros Municipales* à Cuenca, Plasencia, Caceres ; le contrat sur le principe de *standum est chartæ* (Aragon) ; les majorats et substitutions avec le *habus* du droit musulman ; l'anticipation de réserve dans les *Fueros* de Cuenca, Alcala, Zamora, Burgos ; le testament par commissaire du droit coutumier reconnu dans le *Fuero Real* (III. 5. 7.) (1).

Le système espagnol, issu du système français, contient quelques exceptions de plus ; la doctrine espagnole tend très vivement à l'adoption du système germanique.

Ce mouvement de la doctrine espagnole est très marqué aujourd'hui ; l'un de ses principaux propulseurs est M. H. Garcia Herreros (2), dont nous avons déjà eu l'occasion de citer l'ouvrage sur « la succession contractual ».

Il faut rappeler à ce sujet la tendance manifestée également par la doctrine italienne, particulièrement dans les écrits de M. Cimbali sur « la Nuova fase del Diritto civile. » Enfin les civilistes français, comme nous le verrons dans la conclusion finale, réclament avec ardeur la suppression de cette prohibition, qui dans les trois pays latins se présente avec les mêmes inconvénients.

(1) Rafael de Ureno préface de GARCIA HERREROS. *La sucesion contractual*.

(2) Il faut citer aussi Augusto Comas.

Cet ensemble des voix qui se sont réunies en France, en Italie et en Espagne, est un argument bien frappant en faveur de l'opportunité qu'il y aurait à souhaiter une réforme législative des articles 1130 et 791. L'adoption du système gerinanique en matière de contrats successoires est un desideratum d'une doctrine qui a suivi dans ces trois pays l'influence des vingt-cinq dernières années du xix^e siècle et qui a commencé une ère nouvelle dans l'évolution du droit civil.

LE DROIT PORTUGAIS

Le Code civil portugais a reproduit purement et simplement le système français ; l'article 1556 est la copie de notre article 1130, l'article 2042 de notre article 791 ; enfin les articles 1175 à 1177 font exception en faveur de l'institution contractuelle par contrat de mariage comme chez nous les articles 1082 et suivants.

LE DROIT SUISSE

L'histoire (1) des institutions qui se développèrent sur le sol helvétique, en vue de transmettre la succession par un contrat, est à peu près la même que celle des contrats successoires en Allemagne. Le contrat fut la première exception à la succession légale du droit

(1) HUBER. *Syst. u. Geschich des schweizerisch. Privatr.* § 147.

commun ; l'acte entre vifs fut le premier mode de disposition successorale ; le legs contractuel se fit bientôt jour. Le contrat successoral conférait la qualité d'héritier, et c'était en cela un acte sui generis ; les plus anciens Erbverträge étaient réciproques et entre époux.

En même temps se développaient dans la noblesse les renonciations des filles et des fils puînés.

Au XVIII^e siècle, le contrat successoral est devenu une institution de droit commun dans la plupart des législations cantonales ; mais le pactum de hereditate tertii viventis fut presque toujours écarté par les statuts. Quant à la renonciation, d'engagement simplement unilatéral elle devint peu à peu un contrat qui eût pour résultat d'anéantir la vocation héréditaire.

Nous diviserons l'étude du droit civil actuellement en vigueur dans la Confédération Helvétique en deux parties :

1° La Suisse romande ;

2° La Suisse allemande.

Et nous terminerons en indiquant les motifs et les solutions du nouveau projet de Code civil suisse élaboré en 1904 et en 1905.

I. — LA SUISSE ROMANDE

La législation de cette partie de la Suisse (cantons de Genève, Fribourg, Neuchâtel, Tessin, Vaud, Valais,

Berne) se rapproche beaucoup du droit français. Le système général à propos de la succession contractuelle c'est le nôtre; nous nous contenterons de signaler les particularités du droit suisse dans ces cantons.

Les descendants peuvent renoncer à la succession de leurs ascendants, avant leur mort, et tout en respectant la réserve (Vaud, art. 731. Valais, art. 832).

L'ascendant peut doter son descendant en échange de la part présumée de ce dernier dans sa succession (Fribourg, art. 987).

Pour les conditions de capacité, de formes, les causes de nullité, on reproduit les règles allemandes du Erbvertrag (art. 988, 989).

Le doté est un héritier contractuel : il a le droit d'option, est tenu des dettes selon son titre. On doit respecter la réserve (art. 993).

Au lieu d'une dotation, l'ascendant peut faire au réservataire une avance sur sa part successorale à venir. Ce sont les mêmes principes que pour la dotation (art. 1003 à 1010).

Les donations à cause de mort sont révocables à moins d'être par contrat de mariage, auquel cas elles ressemblent beaucoup à nos donations de biens à venir jointes aux conventions matrimoniales. (Fribourg, art. 1403).

II. — LA SUISSE ALLEMANDE

Le Code civil du canton de Zurich.

Nous nous inspirerons surtout, dans cette étude, du Code civil du canton de Zurich, œuvre de M. Bluntschli, mis en vigueur le 1^{er} décembre 1855 et révisé en 1887 ; il fut presque totalement adopté par de nombreux cantons suisses (Schaffouse, Unterwalden, Thurgovie, Grisons, Glaris, Zug, Bâle, — Ville et Saint-Gall) (1). Cette codification (2) est quelque peu la reproduction générale du droit allemand en matière de succession contractuelle ; le Code de Zurich admet en effet la vocation héréditaire par contrat comme un principe de dévolution ; le futur de cujus peut transmettre sa succession dans une convention avec ses héritiers ; au contrat successoire d'institution s'oppose le contrat de renonciation à succession. Enfin, et c'est là la marque distinctive de cette législation, le Code de Zurich reconnaît à peu près sans réserves (car il n'exige que certaines formes) la validité absolue des contrats sur la succession future d'un tiers ; on les considère comme des conventions ordinaires, dont l'objet peut être aussi bien les droits d'une succession qui n'est pas ouverte, que ceux

(1) PLANIOL, t. I. § 143, p. 54 (2^e édit.)

(2) Trad. E. LEHR. *C. civ. du canton de Zurich*. Paris, 1900. — Voir aussi HUBER. *System und Geschichte der schweizerischen Privatrechten* t. II, p. 316.

d'une hérédité dont le de cujus vient de disparaître, et on les tolère non seulement comme le droit prussien entre les co-héritiers présomptifs, mais aussi entre l'un d'eux et un étranger quelconque.

C'est un des systèmes les plus larges en matière de succession contractuelle.

Comme il y a une grande analogie avec le droit allemand en ce qui concerne les conventions sur sa propre succession et les renonciations, nous n'étudierons dans le droit de la Suisse allemande que les contrats sur la succession d'un tiers.

Contrats sur la succession d'un tiers.

Le Code admet les contrats (1) qui ont pour objet la succession future d'une tierce personne, non seulement lorsqu'ils sont faits entre les héritiers présomptifs de cette personne, mais encore par l'un d'eux avec un étranger. C'est une convention qui porte sur une chose future, et cette chose future c'est une succession qui n'est pas ouverte; on consacre enfin ici un système absolument logique dépourvu de toute crainte ou de toute appréhension plus ou moins mal fondées.

Certains cantons tolèrent aussi ce contrat, mais avec

(1) Lib. V. ch. III, sect. III, a. 1077 à 1088. Ils sont repoussés dans les cantons de Waadt, Neuenburg, Walles, Glaris, Uri, Appenzell, Solothurn.

des règles protectrices : Lucerne (en cas de nécessité, et avec l'approbation judiciaire), Obwalden (mêmes conditions), Nidwalden (dans des cas spéciaux), Thurgau (entre héritiers seulement et avec le consentement du de cujus), Zug (avec le consentement du de cujus).

Contrats entre cohéritiers sur leurs droits successifs.

La loi régleme le contrat le plus fréquent entre cohéritiers soit présomptifs, soit d'une succession ouverte, par lequel un héritier rachète (1) à tous ou à l'un d'eux les droits éventuels ou échus qu'ils peuvent avoir à cette succession (art. 1077). Nous ne nous occupons que du contrat sur les droits de la succession qui n'est pas échue.

Tout héritier présomptif a le droit de céder à l'un de ses cohéritiers ses droits futurs. Les mineurs peuvent le faire avec l'assistance de leur tuteur ; mais la femme mariée n'a pas besoin de l'autorisation maritale (art. 1078).

Il suffit d'un acte écrit, il peut être sous seing privé ; il n'est pas nécessaire de le faire par acte notarié (art. 1077).

(1) *Erbschaftkauf*. Certains cantons reconnaissent aussi le partage de l'hérédité du vivant du tiers entre ses héritiers présomptifs (Nidwalden, Solothurn).

Effets.

Lorsque nous avons traité de la renonciation, tout à l'heure, il s'agissait d'une renonciation envers le futur de cujus; ici la cession de l'héritier en faveur de ses cohéritiers présomptifs ne sera le plus souvent qu'une renonciation entre leurs mains. Par conséquent, lors de l'ouverture de la succession, le renonçant est considéré comme n'existant plus, et son ou ses cessionnaires viennent à sa place pour recueillir sa part héréditaire (art. 1079, al. 1).

Ici, en ce qui concerne les descendants du renonçant, la loi présume, sauf déclaration contraire et expresse des parties, la renonciation opposable aux descendants du renonçant (vendeur), quand bien même la succession se serait accrue depuis le contrat, pour une raison quelconque (art. 1079, al. 2).

Le contrat de cession fait par l'héritier présomptif à ses cohéritiers est susceptible d'annulation selon les principes généraux de nullité des contrats (art. 1081),

Autres conventions relatives à l'hérédité d'un tiers.

Il se peut aussi que l'héritier présomptif cède son droit éventuel à une autre personne que l'un de ses cohéritiers. La convention peut être aussi bien une

cession que tout autre contrat, l'article 1082 est des plus généraux : « Les autres (que les contrats entre cohéritiers) relatifs à l'hérédité d'un tiers et auxquels ce tiers ne concourt pas personnellement relèvent en général du droit des obligations. »

C'est un contrat comme un autre, qui a pour objet la succession future de telle ou telle personne ; la loi ne voit aucune raison de prohiber ces conventions avant que la succession ne soit ouverte. Et l'on remarquera une chose importante : la loi n'exige même pas pour la validité du contrat le consentement du tiers à l'acte, et maintenu jusqu'à sa mort, comme l'avait permis Justinien. Nous allons voir que le tiers n'a jamais à jouer un rôle actif, mais que son rôle est purement passif.

On peut donc faire toute espèce de pacte sur la succession future d'une personne ; il n'y a qu'une exception, sorte d'épave de l'ancienne prohibition : on n'est pas allé jusqu'à permettre de faire de sa future part héréditaire la sûreté d'une créance ; article 1088 : « Une succession, une part de succession, ou une expectative de succession ne peuvent faire l'objet d'un droit de gage ou d'hypothèque. »

Il faut remarquer que l'exception ne tient pas à ce qu'il s'agit d'une succession qui est future, mais parce que c'est un droit successoral, ouvert ou non ; ce qui a motivé cette précision légale, c'est l'incertitude plus ou moins grande, dans les deux cas, de l'assise sur laquelle reposerait la garantie.

Conditions du contrat.

Ce contrat n'a de spécial, nous l'avons déjà dit, que la qualité de son objet, qui est futur, et qui est une succession ; par conséquent, il faut les conditions de formation pour tout contrat, notamment l'accord des volontés, un consentement exempt de vices. D'autre part, ce sera presque toujours une vente des droits héréditaires, une cession des espérances successorales que l'on peut avoir. Au fond, cela ressemble bien à la cession d'une créance plus ou moins éventuelle, comme lorsque l'on vend une créance litigieuse ou d'un recouvrement douteux ; par conséquent, on appliquera certains principes de la cession de créances.

A côté de cette ressemblance juridique qui pouvait inspirer la réglementation du contrat, on s'est souvenu, cependant, lors de la confection du Code civil de Zurich, que la validité des contrats sur la succession future d'un tiers était fort discutée et même écartée par de nombreuses législations. Tous les motifs de leur prohibition ne suffirent pas pour écarter le contrat, mais semblèrent assez graves pour engager à créer cependant, dans une certaine mesure, des formalités protectrices en faveur du tiers, sur la succession duquel on permettait de pactiser à l'avance ; et on voulut tenir compte aussi jusqu'à un certain point du *votum mortis*, plus ou moins dangereux, que la conclusion du contrat pou-

vait faire naître chez le bénéficiaire. On n'alla pas jusqu'à exiger, comme Justinien, l'assentiment du tiers, mais on se contenta de l'avertir ; il connaîtra l'acte qui vient d'être fait sur sa succession future et, par suite, il sera mis en garde.

Ces deux raisons : la nécessité de notifier au de cujus son changement de créancier, la condition, d'autre part, de lui faire connaître le nouveau contrat, firent écrire l'a. 1084 : « Les contrats sur la succession future d'un tiers, conclus du vivant de celui-ci, doivent être faits par acte notarié et notifiés à ladite personne. »

C'est donc un contrat solennel : *forma dat esse rei* ; il faut qu'il soit fait par le notaire. De plus, il faut notifier le contrat au futur de cujus. Ce sont là deux conditions essentielles à sa formation ; elles furent introduites pour les raisons qui ont fait prohiber ces contrats par tant de législations ; d'ailleurs, la preuve en sera plus simple ; d'autre part, la présence de l'officier public sera une garantie encore assez efficace contre les intentions malhonnêtes ou immorales, en même temps que dangereuses, qui pourraient naître chez les contractants.

Effets

Le Code continuant son assimilation, donne à l'acquéreur de la part héréditaire qui devait revenir au cé-

dant dans la succession future, les mêmes droits que le cessionnaire d'une créance. Il se trouve dans la même situation que son auteur ; il a les mêmes droits que lui. Du vivant du futur de cujus il n'a qu'un droit éventuel. Lorsque la succession est ouverte il jouit du droit d'option dont aurait joui le cédant s'il avait conservé son droit (a. 1083).

Le droit du cédant n'était qu'un droit éventuel, soumis à la condition qu'il survive au futur de cujus. Le droit du cessionnaire est affecté de la même condition et si le cédant vient à mourir avant le futur de cujus, l'objet du contrat est réputé avoir péri par cas fortuit ; les héritiers du vendeur n'ont aucune obligation ultérieure envers lui. Il en est comme de l'usufruitier d'un usufruit dont le droit cesse avec la mort de l'usufruitier en premier.

Le cédant n'avait pu lui transmettre que le droit, ou plutôt que l'expectative qu'il avait lui-même (a. 1087).

L'acquéreur de l'hérédité future peut donc accepter la succession qu'il a achetée, lorsqu'elle vient à être ouverte. Par suite il sera tenu des dettes de la succession dans la même proportion que le cédant : comme si c'était ce dernier qui fût venu lui-même à la succession (a. 1083).

Quant à l'héritier, qui a cédé son droit, il n'a plus aucune prétention héréditaire à faire valoir ; il s'est pour ainsi dire retranché de la succession. La loi l'admet d'une manière complète et elle va même jusqu'à lui in-

fliger une sorte de désapprobation, reste des idées de défaveur à l'égard de semblables contrats ; on le considère comme ayant abandonné, non seulement son émolument héréditaire, mais son titre ; article 1086 : « L'héritier qui du vivant de son auteur vend sans la coopération de ce dernier, ses droits successifs éventuels à un tiers, perd par là même le droit d'attaquer pour cause d'infirmité les dispositions de dernière volonté du défunt. »

Il ne peut plus être question en effet pour lui de se plaindre du peu d'affection que lui a montré son auteur, puisqu'il s'est retiré pour ainsi dire du cercle de la famille.

III. — LE SYSTÈME DU PROJET DE CODE CIVIL SUISSE

Le système du projet (1), son économie, est conforme au modèle fourni par le canton de Zurich principalement.

Les rédacteurs du projet n'ont pas négligé les pactes successoraux dont l'importance leur a paru incontestable : « Le disposant y a recours pour établir entre plusieurs de ses héritiers, le régime qui lui semble le plus

(1) Message du Conseil fédéral à l'assemblée fédérale concernant le projet de Code civil suisse, 28 mai 1904.

Il y a encore un nouveau projet de l'année 1905, mais il n'a rien changé sensiblement au projet de 1904 en ce qui concerne les pactes successoraux.

favorable à la prospérité de son commerce, de son industrie. Il n'est pas impossible non plus qu'il ait à faire des avances où à donner leur part à des enfants qui n'habiteront probablement pas le pays lors de l'ouverture de la succession, et qui ont besoin de ressources immédiates pour assurer leur avenir. »

Le pacte successoral est un mode de disposer à cause de mort comme le testament (a. 485). Le disposant peut s'obliger à laisser sa succession ou un legs à l'autre partie ou à un tiers. Il conserve le droit de disposer de ses biens présents. Cependant, toutes dispositions pour cause de mort et toutes donations inconciliables avec les engagements résultant du pacte successoral peuvent être attaquées (a. 498).

Les conditions de formes du pacte successoral sont celles du testament public et les parties contractantes déclarent simultanément leur volonté à l'officier public, signent l'acte après l'avoir confirmé en présence de deux témoins (1) (a. 517).

Les parties ont le pouvoir de détruire l'effet de leur contrat par mutus dessensus, sous forme de convention écrite ; cependant, le disposant a le droit de résilier à lui seul le pacte successoral dans le cas où il aurait la faculté d'exhérer son bénéficiaire. La résiliation ou la révocation sont soumises aux formes testamentaires (a. 518). C'est le système du Code civil Alle-

(1) Le disposant doit être majeur, a. 475.

mand. De même, la partie qui a stipulé une prestation à son profit demandera la nullité du contrat au cas d'inexécution de la charge (a. 519). Enfin, le pacte successoral est soumis à la survie du bénéficiaire (ce qui est la conséquence de la nature intime de l'acte), et le disposant doit respecter les principes de la réserve (a. 520), sauf à la partie gratifiée le droit de répéter une part proportionnelle des contre-prestations qu'elle a faites au disposant (a. 531).

Le projet admet également le pacte de renonciation à succession ; le renonçant perd sa qualité d'héritier, et il engage ainsi même ses descendants (a. 499). Mais le projet considère la renonciation comme toujours relative ; elle est non avenue lorsque les héritiers institués dans l'acte au lieu et place du renonçant ne recueillent pas la succession (a. 500). Seulement, pour éviter la lésion qui pourrait résulter d'une renonciation frauduleuse pour les créanciers de la succession, l'article 501 dispose : « le renonçant et ses héritiers peuvent, si la succession est insolvable et si les héritiers du défunt n'en acquittent pas les dettes, être recherchés par les créanciers héréditaires, jusqu'à concurrence de ce qu'ils ont reçu en vertu du pacte successoral dans les cinq ans qui ont précédé la mort du disposant et dont ils se trouvent encore enrichis, au jour de l'ouverture. »

Mais si le projet s'inspire du Code civil de Zurich et du droit impérial allemand, pour les pactes successoraux entre le de cujus et ses héritiers et pour les renon-

ciations, il s'en écarte en ce qui concerne le pactum de hereditate tertii viventis ; on retrouve la prohibition qui existe encore dans beaucoup d'autres cantons suisses. L'article 630 du projet dit en effet : « Sont nuls et de nul effet tous contrats passés au sujet d'une succession non ouverte par un héritier avec ses cohéritiers ou un tiers, sans le concours de celui dont l'hérédité a fait l'objet de la convention. Celui qui a payé quelque chose en vertu d'une semblable convention a un droit de répétition. »

Les rédacteurs se sont montrés hostiles aux pactes conclus sans la coopération du futur de cujus. « On peut craindre qu'ils ne cachent des opérations usuraires ou d'autres spéculations fraudulentes, et c'est pourquoi ils sont prohibés dans la majorité des cantons ou font, du moins, comme à Zurich, perdre aux héritiers à réserve qui les concluent le bénéfice de l'action en réduction. Sans doute, il est possible que des pactes de cette nature n'impliquent ni une violation du devoir de piété filiale, ni un avantage excessif au profit de certains successibles ; il en est ainsi, par exemple, lorsque le propriétaire de l'hérédité non ouverte n'a pu y concourir par suite de son incapacité civile, sans que d'ailleurs la convention renferme rien de contraire aux intentions présumables d'un disposant qui aurait eu la conscience de ses actes. Mais dans ces circonstances exceptionnelles, les intéressés pourront y arriver par d'autres moyens. »

LE DROIT RUSSE (1)

A cause de l'étendue du territoire et de la diversité des provinces, la législation est très abondante. Les lois civiles forment le tome X des trente volumes du *Svod za conow*, véritable Digeste qui date de 1833.

En ce qui concerne la succession contractuelle il n'y a pour ainsi dire aucune différence saillante qui sépare le droit russe du droit allemand. Le *pactum de hereditate tertii viventis* est défendu (Cod. Baltiq. a 710) excepté dans les gouvernements de Tchernigof et de Poltava (statut Lithuanien VII, 4). En ce qui concerne les contrats successoires entre le *de cujus* et ses futurs héritiers (art. 2483 à 2491), la promesse de tester (art. 2482), les testaments communs (2409, 2417), c'est le système allemand. La donation à cause de mort est traitée comme en droit romain (art. 2423).

LE DROIT SCANDINAVE (2)

Le droit civil des pays scandinaves (Suède, Norvège, Danemark) dérive des législations germaniques et russes.

Le contrat sur la succession future d'autrui est défendu même entre cohéritiers présomptifs (Norvège, loi

(1) LEHR. *Elem. d. dr. civ. russe*, II, p. 61 et s.

(2) LEHR. *Elem. d. dr. civ. scandinave*, § 837 à 843.

du 31 juil. 1854, art. 73; Danemark, loi du 21 mai 1845, art. 14). Pour les contrats successores, c'est le système allemand. Les parents peuvent par contrat limiter leur liberté de tester : c'est une différence avec le droit allemand (Norvège art. 61). La donation à cause de mort est assimilée au testament. Les testaments correspondants produisent à peu près les mêmes effets que dans le code germanique.

LE DROIT ANGLAIS

Le droit anglais (1) nous est en général beaucoup moins connu que ceux des pays étrangers qui nous environnent ; la raison en est que la législation d'Outre-Manche repose sur des principes tout à fait particuliers, et régleme une société dont les bases sont bien différentes des traditions continentales. (2)

Le droit de tester a toujours existé chez les Anglais dès les premiers rudiments législatifs. La notion du testament y devint rapidement rigoureuse, étroite, semblable à celle qui fut celle du droit romain dans son dernier état. Néanmoins la formation de l'acte de disposition à cause de mort n'a pas échappé à la loi géné-

(1) BLACKSTONE. *Comm. sur les lois anglaises*, t. III, ch. 32.

(2) L'Angleterre vit sous la coutume ; les statuts maîtrisent indéfiniment l'avenir. La réponse donnée par le juge à un cas constitue une autorité analogue à celle du droit prétorien à Rome ; c'est la common law.

rale qui se manifeste chez tous les peuples primitifs : le contrat a précédé l'acte unilatéral et révocable, conception d'une époque déjà avancée en civilisation ; on voit jouer en Angleterre par l'exécuteur testamentaire le même rôle que chez nous pour passer du contrat successoral originaire au véritable testament.

Dans l'ancien droit anglais la *réal property* ne pouvait être aliénée par testament ; pour tourner cette impossibilité on se servait de l'usage ; « investi entre vifs par un mode de transfert entre vifs de la propriété, par un *feoffment*, l'exécuteur de dernière volonté, le *feoffee to uses*, donnait aux biens momentanément entrés dans son patrimoine leur véritable destination après la mort du disposant » (1). Et jusqu'en 1837 le testament conservera d'importants vestiges de coveyance, ou opération entre vifs (2). On arrivait encore au même résultat quand le disposant constituait avec la personne qu'il voulait avantager une copropriété, au même titre que la communauté établie souvent de la même manière dans les donations à cause de mort chez les Francs saliens, Ripuaires, les Bourgondes, etc. C'est la *joint tenancy* ; le disposant se constitue un *joint tenant* qui, plus tard resté seul, exécutera ses dernières volontés (3).

(1) E. LAMBERT. *Fonction du droit comparé*, p. 464.

(2) GOODVE. *Modern law of réal property*, p. 328, 329.

WILLIAMS. *Wills and intestate succession*, p. 11,

BIGELOW. *The Law of wills*, p. 398 et s.

(3) CAILLEMER. *Thèse*, p. 335, n° 2.

L'exécuteur testamentaire joue donc primitivement un véritable rôle actif : c'est la contre-partie de l'acte entre vifs. Il en était de même pour les tenures manoiriales inférieures, anciens villenages ou copyholds modernes ; le tenancier ne pouvait céder son droit sans l'assentiment du seigneur ; il se servait alors de son suzerain pour remplir le rôle d'exécuteur testamentaire (1) : il lui transmettait le bien par une tradition symbolique avec prière au seigneur de concéder la tenure au successeur dans les mêmes conditions.

Les tribunaux sanctionnaient l'engagement du seigneur et en faisaient une véritable obligation.

La fonction d'exécuteur testamentaire est toujours restée très importante en Angleterre ; si le testateur n'en a pas nommé, les pouvoirs judiciaires y suppléent. L'exécuteur au ^{xviii}^e siècle pouvait, par son propre testament, transmettre le droit qui s'était fixé sur sa tête. A côté des legs formels contenus dans le testament, on connaissait aussi à cette époque la donation à cause de mort. Une personne, qui sentait approcher sa fin remettait à une autre la possession de certains biens personnels (obligations, lettres de change) pour les garder au cas où elle viendrait à décéder. Si le donateur mourait, la donation, pour être valable, n'avait pas besoin du consentement de l'exécuteur testamentaire ;

(1) By surrender to use of will.

si le donateur recouvrait la santé, la propriété lui revenait de droit (1).

Enfin, encore au XVIII^e siècle, l'exécuteur testamentaire conservait couramment le residuum (2), après avoir terminé la liquidation des droits revenant aux divers destinataires.

Actuellement, il n'y a plus en Angleterre aucune trace de manifestations contractuelles dans les dispositions à cause de mort.

Tant que le titulaire du patrimoine est en vie, il ne peut être question de succession ; l'héritier n'a que des droits présomptifs, comme partout ailleurs.

La liberté de tester est presque illimitée ; c'est peut-être le pays où elle soit la plus absolue. Le testament peut contenir un legs universel ou particulier.

Enfin, les lois anglaises ont conservé la donation à cause de mort ; comme à Rome elle est irrévocable, soumise à la survie du donataire. Elle s'effectue par tradition (Delivery) réelle ou implicite. Et encore après la mort du donateur n'est-elle pas définitive : elle est révoquée, réduite au profit des créanciers, comme toutes les libéralités testamentaires (3).

(1) BLACKSTONE (*ibid.* *op. cit.*)

(2) On se souvient du rôle joué au moyen âge dans les pays latins par le legs *de residuo*.

(3) LEHR. *El. d. drt. civ. angl.* § 975, 944.

CONCLUSION SYNTHÉTIQUE

Nous avons indiqué dans l'introduction générale à cette étude quel était le problème que nous nous proposons de résoudre : la succession contractuelle doit-elle trouver place dans la législation civile ? Faut-il tolérer ce que la raison conçoit : la transmission successorale, en vertu de la volonté et réalisée par un contrat ? La vocation contractuelle peut-elle prendre place à côté de la vocation légale et de la vocation testamentaire ?

Le problème législatif posé, il fallut prendre connaissance des solutions qu'il avait reçues dans les différents pays, non seulement ces derniers temps, mais aux différentes époques de l'histoire. Du domaine législatif, nous dûmes pénétrer dans celui du droit privé positif et notre recherche a ainsi porté sur l'histoire du droit civil, sur le droit actuellement en vigueur en France, sur l'histoire du droit comparé et enfin sur le droit civil comparé lui-même.

L'histoire du droit, est-ce utile de le dire, nous a donné une formule rigoureusement démontrée, unique et générale : tous les peuples primitifs, à l'époque de leur formation, ne commencent à faire exception à la succession légale que par voie de contrat ; la convention successorale entre-vifs a précédé de beaucoup, de plusieurs siècles, dans l'évolution juridique de chaque

peuple, toute transmission de dernière volonté, tout testament au sens strict du mot. Le testament est une création artificielle, signe d'une civilisation plus raffinée ; le contrat fut la première institution, donc c'est la plus naturelle, la plus simple, la plus rationnelle et les fervents défenseurs du testament ne peuvent renier son ancêtre. Le mode rationnel, en même temps que naturel, de disposer de sa succession, est d'après l'histoire le contrat entre vifs.

Sans insister sur cette vérité historique qui est surabondamment établie, et sans rappeler pour quelles raisons (ce que l'évolution historique a complètement prouvé) elle ne tarda pas être étouffée, voyons quel est le bilan du droit européen contemporain.

Il est facile de diviser immédiatement les législations présentes sur la succession contractuelle en trois groupes principaux : dans certains pays, le contrat est banni d'une manière absolue ou à peu de chose près ; pour d'autres, au contraire, c'est un régime de liberté presque complète ; enfin, entre ces deux catégories, se place une classe intermédiaire, qui réprouve seulement le pacte sur la succession future d'un tiers vivant.

Au premier groupe il faut citer les législations italienne, anglaise, française, de la Suisse romande, espagnole, portugaise.

Le second groupe ne comprend guère que la législation de la Suisse allemande du canton de Zurich.

Font partie du troisième groupe les législations de

l'Allemagne, l'Autriche-Hongrie, la Suisse allemande, la Russie, la Suède, la Norvège, le Danemark.

VALEUR DU SYSTÈME PROHIBITIF

Est-ce parmi les législations du premier groupe que nous trouverons la meilleure solution du problème ? nous fournissent-elles la formule générale du droit commun législatif ? Dans toutes ces codifications on applique plus ou moins le système prohibitif : le Code italien est le plus sévère ; il ne fait que de rares exceptions à l'interdiction des pactes successoraux ; les lois anglaises ne connaissent que le testament ; enfin le Code français, les législations cantonales de la Suisse romande, le droit civil de l'Espagne et du Portugal sont peut-être les plus larges en matière d'exceptions à la prohibition.

Malgré cela, quel que soit le nombre ou quelle que soit la portée de ces exceptions, il n'en est pas moins vrai que l'élément dominant et caractéristique du système : c'est la prohibition et une prohibition absolue ; cet absolutisme est justement le défaut le plus considérable de toutes ces législations. « La critique d'un tel système, a dit M. Gaudemet (1), au point de vue pratique et rationnel, n'est plus à faire aujourd'hui.

« En admettant, ce qui prête d'ailleurs à grave con-

(1) M. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 757.

troverse, l'exactitude des quatre considérations (les motifs de la prohibition) que nous avons rappelées tout à-l'heure, on doit reconnaître qu'en bonne logique ces raisons peuvent conduire à prohiber quatre catégories bien délimitées de pactes sur succession future, réellement immoraux ou dangereux, mais qu'elles ne peuvent conduire qu'à cela. Vouloir en tirer une prohibition générale, sans distinction et sans réserves, c'est accepter une conclusion dont la portée dépasse singulièrement les prémisses ; c'est par une véritable erreur législative, proscrire des conventions inoffensives et peut-être utiles sous prétexte d'atteindre des pactes successoraux dont elles diffèrent profondément. »

Rien n'est dangereux en législation comme une règle absolue ; elle brise des volontés qui souvent mériteraient d'être maintenues. La science juridique doit avoir la plus grande souplesse, se plier aux multiples et changeantes manifestations de l'activité humaine ; les sciences sociales ne se résolvent pas par des équations algébriques ; l'évolution incessante du droit empêche toute fixité arbitraire ; la loi doit toujours être la résultante momentanée des multiples forces qui concourent à la formation du droit. Avec un pareil absolutisme, on annulera une quantité innombrable de conventions sous prétexte d'éviter l'une d'elles que l'on soupçonnera de visées criminelles ou de pensées immorales. Nous avons déjà dit à propos de la tendance manifestée actuellement par la jurisprudence française

à quels abus avait conduit le texte prohibitif ; on a dû anéantir les arrangements de famille les plus louables en même temps que les plus utiles ; un exemple entre mille : un oncle vend à ses neveux tous ses biens meubles et immeubles, à charge par eux de servir à partir de son décès, une rente viagère à son fils qui est incapable pour faiblesse d'esprit. Qu'y avait-il d'immoral de la part d'un père à assurer l'existence d'un enfant qui avait besoin de protection (1) ; la loi force les tribunaux en pareil cas à prononcer la nullité. Néanmoins, et c'est en argument suprême contre cet absolutisme, il ne faut pas oublier la tendance très marquée de notre jurisprudence française à limiter le plus possible la domaine de cette interdiction fâcheuse ; la direction de ce mouvement est très ferme et son allure s'accélère sans cesse davantage. La raison en est que les exemples fournis par la pratique ont tous démontré l'inanité des motifs invoqués pour soutenir la prohibition. Ces motifs sont très nombreux et pour les examiner rapidement, il sera plus clair de les distinguer en trois classes : les uns appartiennent à l'ordre des raisons morales, les autres sont d'ordre économique, enfin un troisième groupe

(1) De même : « une mère tant en son nom qu'au nom de sept enfants mineurs d'un second lit transige avec un enfant du premier lit ; elle lui cède tous les droits qui lui appartiennent à elle et à ses enfants dans la succession du premier et du second mari, à charge d'une rente viagère à son profit, et à charge de payer à chacun des sept enfants mineurs une somme déterminée pour leur tenir lieu de légitime paternelle et maternelle. » Lyon, 20 avril 1842, précités.

renferme les arguments qui ont un caractère plus spécialement juridique.

Il est certain que l'on ne peut plus invoquer (1) aujourd'hui la crainte du « *votum mortis captandæ* » ; on n'ose plus dire comme autrefois que le pacte successoire est dangereux et immoral parce qu'il suscite chez ses auteurs une cupidité malhonnête ; c'était la vieille idée romaine et nous savons qu'elle était une réaction contre le fléau des « *testamentorum captores* (2) » ; notre ancien droit, les rédacteurs du Code civil l'ont répétée à satiété. Mais on peut affirmer en toute certitude actuellement que ce motif est « mûr » (3), et qu'il n'en faut plus parler. La preuve de son peu de fondement, c'est que lors de la confection du Code civil italien, il n'y fut fait aucune allusion au cours des travaux préparatoires (4) ; et cependant, c'est la législation la plus sévère. Cet argument n'a plus de valeur dans les temps modernes ; « est-ce parce que nous avons gagné en moralité ? ou parce que notre sens moral s'est atrophié ? » comme dit Laurent (5). Il n'en est rien ; la raison, c'est tout simplement parce que l'on commence à secouer cette déplorable servilité au droit romain qui a duré plusieurs siècles et dont la répercussion se fait

(1) BERNIER. *Propriété et contrat.*, p. 520.

(2) Cette tournure d'esprit ombrageux, contraire à la tradition historique, il est inutile de le répéter, ne peut s'expliquer que par ces circonstances particulières.

(3) SANCHEZ. *ROMAN*, t. IV, p. 204, (Ministre d'Espagne).

(4) CIMBALI, *op. cit.*, § 207.

(5) T. XVI, p. 114.

sentir encore aujourd'hui ; ce n'était pas, en effet, la vraie pensée romaine ; seul le droit impérial avait survécu et dicté ses lois.

D'autre part, on a quelque peu réfléchi depuis (1) : le *votum mortis captandæ* n'existe-t-il pas aussi au cas de succession légitime, surtout chez les réservataires ? C'est un fait fatal que la mort d'une personne profite toujours à une autre, ou bien alors il faut supprimer toute succession à cause de mort. Le danger moral existe peut-être d'une façon plus certaine qu'au cas de succession contractuelle qui peut rester secrète. Enfin, toutes les législations du système prohibitif admettent le contrat de rente viagère (2) et celui d'assurance sur la vie. Dans ces deux conventions, la mort d'une personne est désirée par ceux qui y ont intérêt. On dit bien que, dans la rente viagère, on ne dispose pas des dépouilles d'une personne dont la succession n'est pas l'objet du contrat ; que le décès n'est qu'un élément de calcul, qu'il faut encourager ce contrat de prévoyance ; néanmoins, il ne faut pas oublier que le débi-rentier est libéré par la

(1) Le soupçon de spéculer sur l'assassinat est d'ailleurs injustifié. « Ce pourrait être un très sot calcul ; on n'achète pas la succession d'un homme en déconfiture ; l'acheteur espère au contraire que le patrimoine augmentera de valeur, et s'il s'agit d'un bon père de famille, comme on doit le supposer, le calcul sera bon et profitable. Dira-t-on que dans ces circonstances l'acheteur désire la mort de celui sur la succession duquel il compte et que ce désir peut pousser à la lui donner ? Cela n'a point de sens. »

(2) A. 1789. C. civ. italien.

mort du crédi-rentier : il peut tout autant désirer cette mort ou même chercher à la hâter ; et même, ici, le décès produit à coup sûr un gain pour le débi-rentier ; l'héritier du contrat peut, au contraire, voir tout-à-coup ses plus belles espérances disparaître par le gaspillage et la perte de la fortune du disposant. Si la stipulation d'une rente viagère est un acte égoïste où l'on se préfère à ses héritiers, dans l'assurance sur la vie les parents économisent pour l'avenir de leur famille ; notre législation a reconnu ce contrat implicitement en le réglementant dans maintes lois (1) (L. 24 juill. 1867, art. 66 ; L. 23 juin 1875, art. 6) ; néanmoins, c'est un pacte sur succession future. C'est que nous sommes bien loin du jour où Portalis stigmatisait l'immoralité de l'Angleterre, dont la législation avait adopté une semblable convention (2). L'argument de moralité et de sécurité publiques a donc fait son temps et il n'existe plus (3).

Le second ordre d'arguments contre la prohibition a surtout été développé, dans ces derniers temps, par les législateurs italiens (4) et espagnols (5). On prétend que les pactes sur succession future rendent la pro-

(1) V. aussi A. 449 du C. commerce italien.

(2) LOCRÉ, t. 14, p. 151.

(3) Dirait-on aussi qu'un enfant pourrait bien attenter à la vie de ses parents en vue de ne plus avoir l'obligation alimentaire que lui impose le Code civil ; cela fait hausser les épaules et il doit en être de même des pactes sur succession future.

(4) CIMBALI, *op. cit.*, § 208.

(5) ERRIQ. GARCIA HERREROS, III^e partie, § 4.

priété incertaine et constituent un danger économique; il est vrai que ces conventions ne transfèrent pas immédiatement la propriété et ne font pour ainsi dire qu'obliger le disposant; mais, à ce compte-là, il faudrait écarter toute transmission de propriété à terme ou sous condition, et l'on sait que le Droit civil offre de multiples situations où les tiers peuvent quelquefois beaucoup hésiter; la succession ab intestat produit les mêmes effets et entraîne par sa survenance une incertitude plus grande encore; l'assurance sur la vie, la rente viagère produisent aussi un certain trouble dans la certitude de la propriété.

La fixité de la propriété est en connexité étroite avec le système hypothécaire; les pactes successoraux, a-t-on dit également, vont diminuer le crédit immobilier et altérer profondément le système hypothécaire (1).

La question précédente sur l'incertitude de la propriété nous donne la réponse à celle-ci et l'on ne voit pas pourquoi l'hypothèque sera moins bien assise parce que le disposant transmettra ses biens à cause de mort, quand on admet l'hypothèque portant sur des biens vendus à terme ou sous condition; peu importe le propriétaire des immeubles; l'hypothèque est un droit réel que n'atteint pas plus la succession contractuelle que la succession testamentaire.

(1) PISANNELLI. *Rapp. sur le Liv. III C. civ. ital.*, p. 31, 37.

D'ailleurs, les législations prohibitives, surtout la nôtre, seraient mal venues à parler de leurs systèmes hypothécaires ; leurs défauts sont très nombreuses et nous n'avons rien à revendiquer en notre faveur si l'on compare notre régime vicieux à celui de l'Allemagne, dont la prospérité n'a cependant été nullement atteinte par l'admission des contrats successoraux (Erbverträge).

Enfin parmi le troisième groupe de motifs invoqués pour soutenir la prohibition, il ne semble pas qu'il y en ait de très sérieux, bien qu'ils soient d'ordre plus particulièrement juridique.

Le droit romain, nous l'avons vu, a toujours admis les conventions sur choses futures, et les autres législations l'ont suivi sur ce point (1). Aussi s'étonne-t-on réellement qu'on ait pu donner cette raison à notre prohibition : on ne peut disposer de biens que l'on n'a pas dans son patrimoine (2) ; soit, mais on peut disposer

(1) A. 1130 C. civ. franç., a. 1271 C. civ. espagn.

(2) PISANNELLI. VACEA. *Rapp. sur le liv. III C. civ. ital.* C'est encore là un abus d'abstraction logique dans la méthode juridique traditionnelle ; il est le même que celui par lequel on prétend qu'il ne peut se fixer de droits sur la tête d'une personne future, non encore conçue, sous prétexte qu'il faut absolument un sujet à un droit ; mais ce n'est là qu'une conception aprioristique à laquelle on donne une réalité objective. Il faut un sujet à un droit, cependant il suffira d'une personne future si cela ne heurte aucune considération utilitaire. D'ailleurs le législateur français a fait de nombreuses brèches à ce principe subjectif. Or, la logique ne transige pas et donc il fallait la laisser de côté, plutôt ne pas en abuser. Ici il en est de même ; on ne peut contracter, dit-on, sur ce qui n'est pas dans son patrimoine. V. M. GENY, *op. cit.*, p. 121 s.

par avance de ceux que l'on aura dans l'avenir. Ce motif n'est pas sérieux ; il est inutile d'insister.

Un autre motif, et qui est tout romain, c'est que les pactes sur succession future violent l'inaliénabilité de la liberté testamentaire (1) ; le disposant qui s'est engagé dans un contrat successoire ne peut plus révoquer sa libéralité ; il ne peut plus lui porter atteinte. Faisons d'abord remarquer que le *de cujus*, si telle est son intention, peut parfaitement, en limitant nettement les cas où il le pourra, se réserver le droit (2) de révoquer ; que d'autre part s'il ne peut plus aliéner à titre gratuit il le peut toujours à titre onéreux (3). Et enfin, il ne faut pas, comme on le fait trop souvent, se payer de mots et d'expressions pompeuses, en disant que le *de cujus* aliène sa liberté de tester ; au fond cet argument n'est qu'une erreur de raisonnement. Qu'est-ce que la liberté de tester. C'est le droit inviolable pour chacun de disposer à sa guise, dans une certaine mesure, de sa fortune à cause de mort ; qu'il exerce ce droit tôt ou tard, peu importe ; c'est ce que l'on oublie ; il est évident qu'une fois qu'il en a usé, il ne peut plus recommencer, c'est forcé, et c'est ce qui fait illusion.

Peu importe la manière dont il exerce cette faculté, par contrat, par testament, mais une fois, qu'il en a

(1) PACIFICI MAZZONI. *Successions*, n° 93.

(2) C. civ. allemand (indignité du bénéficiaire, refus de secours au donateur, etc.)

(3) C. civ. franç., a. 1083.

usé, il ne peut plus s'en servir encore une fois ; à ce compte là, pour sauvegarder cette prétendue liberté testamentaire, il faudrait interdire aussi les donations entre vifs qui portent toujours atteinte à la succession future du donateur. Le principe législatif de la liberté testamentaire n'est qu'une application spéciale de la liberté naturelle (1) de tout individu, et qui s'exerce par le consentement à l'obligation qu'il accepte. Personne ne peut renoncer à se marier : mais en exerçant le droit de se marier, on l'épuise et l'on s'interdit un second mariage, tant que le conjoint est vivant ; et dans cette mesure l'on ne peut dire que l'on ait violé la liberté de se marier ; il en est de même de la liberté de tester. On a confondu la faculté de disposer de ses biens à cause de mort avec la disposition de ces biens à tel titre, le droit pris in abstracto avec le droit pris in concreto.

Ce dernier motif à pour but de protéger les intérêts du disposant ; mais d'autres auteurs (2) se laissent plutôt émouvoir par la protection prétendue nécessaire non pas du de cujus, mais de l'héritier qui conclut avec lui un arrangement successoral, ou cède à d'autres ses espérances futures. L'attrait d'une jouissance

(1) CIMBALI. *La funzione sociale dei contratti e la causa giuridica della loro forza obbligatoria*, p. 14, s. — E. GARCIA HERREROS, *op. cit.*, *ibid.*

(2) COLMET DE SAUTERRE. *Sur l'a. 1130.* — LAROMBIÈRE. *Oblig.* a. 1130. — MATTIRIOLLO. *Philosophia del Diritto*, p. 362. — GIARGO. *Teoria delle obbligazioni* III.

immédiate le tentera davantage que de belles expectatives plus ou moins éloignées, et au prix d'une faible somme qui lui est versée aussitôt, il sacrifiera une grande fortune qui peut-être ne se serait pas fait attendre bien longtemps. On prohibe les pactes sur succession future pour éviter la lésion de celui qui se laisse tenter par un profit pécuniaire dérisoire mais immédiat. On peut d'abord répondre que la possibilité d'un abus n'est pas une raison pour écarter radicalement une institution ; on n'a pas supprimé la liberté de disposer sous prétexte que la réserve pouvait être violée ; la réduction suffira pour y porter remède. Le reproche que l'on fait ici à la succession contractuelle touche l'abus des moyens juridiques dans leur application, mais non pas leur injustice (1) ; il n'y aurait qu'une réclamation à adresser au législateur ; il aurait dû être établi un frein à cette liberté simplement, par exemple le recours de la rescision au cas d'une lésion par trop importante. On protégerait ainsi l'héritier d'un dépouillement immoral et en même temps il pourrait réaliser une espérance future et incertaine.

Le de cujus resterait étranger à la cession que l'héritier présomptif aurait faite de son droit et il disposerait comme il l'entendrait ; une fois l'hérédité dévolue, on pourrait voir s'il y aurait lieu d'admettre l'héritier à poursuivre contre l'acquéreur une action en supplément

(1) CIMBALI, *op. cit.*, § 209. — SANCHEZ ROMAN, *op. cit. ibid.*

pour réparer la lésion subie. Je ne parle que du pactum de hereditate tertii viventis, car, en réalité, c'est le seul pour lequel ce danger de lésion soit réellement à craindre (1), ou plutôt le seul cas où il faudrait y pourvoir (2) ; car il n'est pas besoin de le faire pour la convention successorale entre le disposant et ses héritiers, alors que tous les jours les fils de famille font des emprunts et contractent des dettes considérables ; ils jouissent d'un crédit que leur consent l'usurier en contemplation de la fortune paternelle. De tout cela il résulte que le danger de lésion ne vise pas directement la prohibition et que sa portée est restreinte à une seule espèce de pacte successoire. Cette crainte est d'ailleurs une manifestation de cette disposition générale d'esprit d'après laquelle on objecte toujours à toute liberté l'abus de cette liberté, à l'exercice du droit on oppose la « licence » dans cette faculté.

Nous en avons fini avec tous les motifs qui furent invoqués pour justifier la prohibition des pactes sur succession future ; il n'en reste rien, absolument rien. C'est, comme on l'a dit, à juste titre, un « vieux préjugé », un préjugé « injustifié » ; il doit disparaître de notre Code civil. Ce n'est donc pas dans ce premier groupe de législations que se rencontre le système

(1) E. GARCIA HERREROS, *op. cit.*, III part., § IV.

(2) Et encore si l'on admettait la rescision pour lésion ne s'écrierait-on pas aussitôt que l'on va aussi rendre la propriété incertaine, attenter au crédit immobiliser, troubler le régime hypothécaire.

idéal ; la prohibition est fâcheuse, nuisible, antiéconomique, antijuridique. Elle ne répond à rien, ne sert à rien ; et les paroles de Portalis toujours présentes à notre mémoire nous font sourire aujourd'hui. Les jurisconsultes français, italiens, espagnols, suisses (congrès de Coire 6 septembre 1873 — Brocher. La légitime et les réserves) s'accordent unanimement à demander l'abolition de cette prohibition absolue.

VALEUR DU SYSTÈME DE LIBERTÉ

A l'inverse du précédent, ce système ignore au contraire toute prohibition ; il part d'un point de vue diamétralement opposé. Il faut reconnaître, il est vrai, qu'il n'a pas rallié un bien grand nombre de législations (1) ; c'est la preuve de l'influence considérable exercée sur toutes lois de l'Europe par la théorie du droit romain à l'époque classique et au Bas-Empire.

On sait que l'on peut diviser les pactes sur succession future en trois catégories principales : le contrat où l'on dispose de sa propre succession, la renonciation à une succession non ouverte, et le pacte sur l'hérédité d'un tiers encore vivant. Le système de liberté reconnaît la validité de toutes ces conventions et pour les deux premières il a cela de commun avec le troisième

(1) Le Code du canton de Zurich et quelques statuts locaux dans différents pays de l'Europe, notamment en Suisse et dans les nations tudesques. (CIMBALI. *La nuova fase.*, *op. cit.*, *ibid.*)

système, avec la théorie législative intermédiaire. A l'effet d'éviter des répétitions inutiles, nous nous contenterons par suite d'examiner seulement ici la valeur de ce système de liberté en tant qu'il laisse toute liberté pour faire des conventions sur la succession future d'autrui.

On considère, et en bonne logique c'est parfaitement rationnel, le contrat sur la succession future d'une autre personne comme un contrat ordinaire ; c'est la conséquence du principe de liberté des conventions : « Les volontés conscientes, dans le domaine accessible à leur libre action, ont pour atteindre les fins de l'individu une pleine et féconde autonomie ; c'est une condition devenue nécessaire pour l'équilibre de l'organisation sociale (1). » Les parties peuvent donner à leur contrat un objet quelconque ; de quoi s'agit-il ? D'une succession que l'on aliène ; elle est future, c'est vrai, mais peu importe, c'est une qualité de l'objet et voilà tout.

La possibilité de faire un semblable contrat peut rendre de grands services à la société et à son développement ; la vie n'est plus aujourd'hui ce qu'elle était autrefois, patriarcale et familiale. Le commerce, l'industrie ont transformé totalement les conditions d'existence ; les nécessités de la vie moderne font qu'avec un petit capital on peut, en vertu du crédit et de l'habileté

(1) M. GENY, *op. cit.*, p. 523.

en affaires arriver à faire rapidement fortune ; pourquoi l'industriel sollicite-t-il les capitaux, sinon pour les mettre en action aussitôt et pour engager une entreprise plus ou moins future et incertaine. Un enfant, dont les frères et sœurs sont nombreux, cherche de bonne heure à se faire une situation : ses parents, et c'est leur droit parfaitement légitime, indiscutable, se refusent à faire de nouveaux sacrifices pour lui ; ils l'ont mis, par suite de l'instruction qu'ils lui ont fait donner, à même de gagner sa vie.

Cependant, ne faut-il pas lui permettre de tirer parti aujourd'hui de ses espérances successorales ? Petit capital qui serait aujourd'hui pour lui d'une utilité considérable et l'essor d'une brillante carrière, alors que plus tard la fortune paternelle lui surviendra à une époque de sa vie où il sera déjà vieilli, usé, et pour ne lui servir que fort peu. En élevant la question, il en résulterait un accroissement de la richesse économique et tous les droits seraient sauvegardés. Tel est, sous un aspect tout particulier, mais qui n'est qu'un exemple entre mille, l'avantage qu'il y aurait à adopter le système de liberté.

Il est vrai que l'enfant dont je parlais sera bientôt la victime des spéculateurs, des usuriers et que l'effet produit sera encore bien plus néfaste qu'au cas d'un système prohibitif ; il n'aura même plus l'espoir de revenir un jour à meilleure fortune ; il y aura déjà longtemps

qu'il aura dispersé aux quatre vents sa part dans le patrimoine paternel.

Mais on peut répondre facilement ceci : le législateur prévoyant entourera l'héritier présomptif de garanties nombreuses ; en effet, le Code civil du canton de Zurich ne tolère d'abord pas l'hypothèque sur toute succession, ouverte ou non, parce qu'il trouve cette assise trop peu ferme ; d'un autre côté, il exige un acte notarié et la dénonciation du contrat au de cujus, comme notre signification au débiteur dans la cession de créance (art. 1690) ; ce sont déjà là, d'une part, une sage restriction et, d'autre part, une bonne mesure préventive ; le notaire, le de cujus pourront faire au cédant telles observations qu'ils jugeront dans son intérêt. D'un autre côté, l'on peut aussi joindre à ce système de liberté un système de protection et établir la possibilité d'une action en rescision pour lésion. Ce système donne satisfaction aux intérêts rivaux et établit entre eux l'équilibre désirable (1) pour toute bonne justice. C'est l'avis de M. Cimbali. Cette menace, en effet, écartera les hommes d'affaires véreux et protégera le cédant contre les spéculateurs malhonnêtes ; on ne pourra plus craindre ce que l'on appelait le *pactum corvinum*, pacte d'oiseaux de proie qui fondraient non plus ici sur le de cujus, mais sur l'héritier présomptif.

(1) M. GENY, *op. cit.*, III part.

(2) CIMBALI, *op. cit.*

Néanmoins (1), je crois qu'il faudrait ne pas trop s'aventurer dans ce sens et ne pas valider en général le *pactum de hereditate tertii viventis* ; non pas qu'il faille sacrifier à l'idole du vieux préjugé et craindre le *votum mortis* ; non pas qu'il semble qu'il y ait quelque chose d'inconvenant (2) à profiter par avance des avantages que peuvent nous procurer la mort de quelqu'un ; nous avons secoué cette vieille prévention, aujourd'hui percée à jour. Mais on se trouve en présence d'un passé déjà long ; voilà un grand siècle que le système prohibitif s'applique dans les pays qui l'ont adopté, surtout en France.

Un système qui, brusquement, ouvrirait la porte toute grande à la liberté des parties, pourrait conduire à des abus, à des troubles sociaux, c'est-à-dire à des bouleversements dans l'état de la famille, désordres qui se répercuteraient bientôt sur la société en provoquant nombre de faillites et de déconfitures, tous événements fatalement dangereux pour le commerce et le crédit. Ce système, il faut y arriver ; mais peu à peu, il faut l'acclimater en France par une lente progression ; notre état social n'est pas encore mûr pour le recevoir d'une manière absolue, sans une éducation préliminaire, et le chemin pour y arriver est facile à trou-

(1) HUBER. *System. u. geschich. d. Schweiz. r.*, § 147. Le contrat sur la succession d'un tiers doit être envisagé sous un autre aspect que le contrat sur sa propre succession tant pour ses effets que pour sa réglementation.

(2) Laurent croit que ce contrat blesse les convenances.

ver : il faut d'abord permettre au père de famille de disposer de sa propre succession par un contrat que lui proposera son fils, ou de l'établir en lui faisant renoncer plus ou moins à sa part successorale dans l'avenir : en un mot, l'institution contractuelle et la renonciation ; et ceci nous mène tout naturellement à faire la critique du troisième système, du système intermédiaire, qui semble aujourd'hui constituer la véritable formule du droit commun législatif.

LE SYSTÈME INTERMÉDIAIRE

Le troisième groupe de législations pratique un système qui tient le milieu entre la prohibition absolue et la liberté sans limites : il faut y compter le Code civil allemand, les législations autrichienne, suisse (allemande), de la Russie, de la Suède, de la Norvège et du Danemark.

Disons, tout de suite, pour en finir avec cette question, que le pactum de hereditate tertii est prohibé, comme nous le souhaitions encore dans le précédent paragraphe. Mais il faut ajouter que le nouveau Code civil allemand a fait une sage exception à ce principe : il permet le contrat entre futurs héritiers légitimes, soit sur leur part héréditaire, soit sur la réserve, pourvu qu'il soit fait en justice ou devant notaire. Le législateur répond ainsi à un véritable besoin de la pratique : il est très important d'autoriser les héritiers présomptifs à

s'arranger entre eux au sujet de leur futur émolument successoral ; cette institution juridique rendra des services énormes.

Elle présente les avantages que nous signalions tout à l'heure : l'enfant peut escompter par avance son profit successoral tout en évitant le danger que nous craignons (que le cédant devienne la proie des spéculateurs) ; ici l'héritier contracte avec ses cohéritiers et le risque de lésion, s'il n'est pas complètement écarté, est beaucoup amoindri ; d'ailleurs la présence du juge, du notaire offre des conditions de garantie et de moralité indiscutables.

Cette exception est le corollaire de la théorie générale sur le contrat successoire et sur les renonciations ; elle cadre parfaitement avec le système qui reconnaît le contrat comme moyen de disposer de sa propre succession, ou d'anéantir une vocation héréditaire.

Il est certain, à notre époque, que la possibilité de créer, modifier, ou supprimer une vocation héréditaire par contrat entre le de cujus et son futur héritier répond à un besoin nécessaire (1). La science justifie ce principe et l'expérience ne le contredit pas.

Au fond le mode contractuel de disposition à cause de mort ne s'oppose pas au testament ; au contraire, l'histoire nous a prouvé que le testament n'était qu'un dérivé de la succession contractuelle ; et après tout, en

(1) HUBER, *op. cit.*, § 147. — BESELER, II, p. 204.

effet, qu'est-ce que le testament sinon une offre faite par le testateur au légataire et que ce dernier accepte ou refuse après l'ouverture de la succession ; c'est par un quasi-contrat que le légataire universel s'engage en acceptant le legs à supporter les dettes dans une certaine proportion. Bien plus, le contrat a pour le disposant une incontestable supériorité sur le testament : le disposant sait que le bénéficiaire accepte les libéralités qu'il lui fait et en même temps les conditions qu'il lui impose ; il est sûr que sa volonté sera respectée ; et par suite il ne songera pas à inventer ces combinaisons plus ou moins machiavéliques auxquelles se livrent souvent les testateurs pour forcer leurs héritiers à exécuter leur volonté ; à ce point de vue le testament est moins moral que le contrat : que de procès scandaleux ont été longtemps ouverts autour d'un testament dont les légataires voulaient méconnaître la teneur parfois gênante pour eux. D'un autre côté il ne faut pas objecter que le de cujus est lié par avance, qu'il ne peut plus changer ses dispositions, qu'il a perdu la faculté de révocation ; comme nous l'avons déjà dit, il conserve le droit de disposer à titre onéreux et il peut se réserver la faculté de révoquer dans certains cas ; d'ailleurs sans cela la loi lui en donne le droit toutes les fois que le gratifié a manqué envers lui aux devoirs de respect et d'affection qu'il lui doit : et ne sont-ce pas là les seuls cas où l'on sente la nécessité de la faculté révocatoire. Autrement, elle a plutôt un caractère immoral, si elle doit permet-

tre à un esprit faible et changeant de se laisser aller à favoriser celui de ses parents qui le flatte le plus, ou sait le mieux parvenir jusqu'à sa volonté ; à l'inverse le contrat va mettre fin à toutes les basses intrigues qui se nouent souvent autour d'un vieillard sans enfants, plus ou moins infirme et qui se laissera dicter ce qui devrait être l'expression d'une volonté libre et éclairée.

Le contrat est donc devenu ou plutôt redevenu une institution du droit commun en tant que source de dévolution héréditaire.

Mais nous devons nous souvenir « qu'il faut donner la satisfaction la plus adéquate aux aspirations rivales dont la juste conciliation apparaît nécessaire pour réaliser la fin sociale de l'humanité. Le moyen général d'obtenir ce résultat consiste à reconnaître les intérêts en présence, à évaluer leur force respective, à les peser en quelque sorte avec les balances de la justice, en vue d'assurer la prépondérance des plus importants d'après un critérium social, et finalement d'obtenir entre eux l'équilibre éminemment désirable (1). »

Faut-il limiter le principe d'une manière essentiellement subjective ? Par exemple, le restreindre comme l'a proposé Beseler(2) au contrat de mariage ou aux conventions entre fiancés et entre époux, pendant le mariage. Le

(1) M. GENY, *op. cit.*

(2) BESELER, II. 1, p. 204 et s. Il semble ne reconnaître la nécessité des contrats successoraux que pour la noblesse.

système du Code civil français est trop restrictif, et il ne faut pas s'en tenir aux pactes successoraux dans le contrat de mariage.

Faut-il, d'autre part, assigner au contrat des limites quantitatives ; elles ne semblent pas non plus nécessaires. D'ailleurs, le nouveau Code civil allemand est actuellement la première codification du monde. Les conditions particulières dans lesquelles il fut élaboré, nous offrent de sérieuses garanties ; ce ne fut pas une compilation hâtive ; le premier projet, une fois rédigé, fut livré à la critique du monde savant ; cette appréciation générale donna naissance à une littérature considérable ; la compétence des hommes qui travaillèrent au second projet, la présence sous leurs yeux de travaux innombrables pour rechercher la meilleure solution à donner pour chaque problème, les avis des tribunaux et des praticiens, tout a contribué à former un code sérieux, issu d'un effort prodigieux, où l'on tient compte de chaque élément juridique et où le pour et le contre de chaque texte a été judicieusement pesé. Tout cela nous permet d'avoir confiance dans les résultats et d'adopter le système que préconisent les législateurs allemands. Lors des travaux préparatoires le principe de la succession contractuelle fut toujours accueilli avec faveur, et cependant le premier projet était beaucoup plus restrictif que le nouveau Code civil allemand (1).

(1) I. Motifs. V, p. 310 et s.

Enfin, les rédacteurs avaient sous les yeux l'expérience de plusieurs siècles (1) : les contrats successoraux depuis longtemps pratiqués en Allemagne, n'ont jamais produit, et n'occasionneront jamais les résultats fâcheux que les auteurs ont toujours mis en avant comme un fantôme effrayant : la propriété, le crédit immobilier, le régime hypothécaire, n'y sont pas plus défectueux que chez nous, au contraire ; quant à la criminalité, il en est de même et la vie courante n'offre aucune preuve du danger qui peut susciter le fameux *votum mortis*.

Enfin le système du Code civil allemand semble particulièrement à l'abri de toute critique dans la manière dont il traite la *donatio mortis causa* ; cet acte hybride n'était qu'une création inutile et il fallait le ramener à l'un des trois types : donation entre vifs, testament, contrat successoire (2). En réalité, la donation à cause de mort n'a jamais constitué un acte *sui generis*. D'ailleurs, les parties pourraient atteindre le but qu'elles poursuivent d'une façon beaucoup plus sûre avec le legs contractuel (*Vermächtnissvertrag*), et c'est une raison qui renforce l'utilité de ce dernier.

(1) II. Protocol. V, p. 371.

(2) On ne saurait nous objecter que nous sacrifions ici à notre tour au fétichisme des catégories juridiques : au lieu d'un dualisme, nous dirait-on, vous nous proposez trois types juridiques. Mais on se convaincra facilement que cette conclusion résulte de la nature spéciale qui caractérise la *donatio mortis causa*, nature essentiellement hésitante, qui fait exclure cet acte à cause de ses propres défauts, mais non pas parce qu'il ne peut rentrer dans l'une des trois catégories signalées. Nous n'avons pas la prétention de limiter les catégories ; le nombre des actes est infini.

On a fait certains reproches au Code civil allemand ; il ne devrait pas autoriser le père de famille à disposer de la réserve quand l'héritier légitime y a renoncé par contrat ; l'inexpérience naturelle du fils, dit-on (1), lui fera consentir, en présence de prétendus avantages, à son véritable dépouillement. On pourrait, dit-on, arriver au résultat cherché par un avancement d'hoirie susceptible de rapport. Nous nous abstiendrons de répondre à cette question ; elle ne touche pas notre sujet ; elle se réfère au grand problème de la liberté testamentaire, à la question de la réserve ; doit-il y avoir une part successorale réservée, intangible pour certains héritiers ? Cela se rattache à un tout autre ordre d'idées et ne vise pas le problème de la succession contractuelle.

On se plaint également de ce que les contrats successoraux ne puissent pas être secrets ; on craint de permettre par là nombre d'escroqueries ; le possesseur d'une petite fortune la vendra plusieurs fois et arrivera ainsi à multiplier son avoir.

Ce n'est là qu'une question de détail et il est facile d'y remédier par certaines mesures. D'ailleurs il ne faut pas oublier, qu'une fois admis le principe du contrat comme mode de transmission successorale dans un pays, les circonstances de lieu, de mœurs, d'habitudes, d'idées, de races, les traditions nationales, « la nature, le principe du gouvernement, le climat, la qualité du

(1) E. GARCIA HERREROS, *op. cit.*, § IV. III^e part.

terrain, sa situation, sa grandeur, le genre de vie, le degré de liberté, la religion, les inclinations, les richesses, le nombre de la population, le commerce, les manières » (1) devront être pris en considération pour régler dans le détail le contrat successoral. Le principe général est tout acclimaté en Europe ; il est devenu de droit commun ; mais on comprend facilement que, pour de multiples raisons, certaines solutions particulières seront vraies dans un pays, et pas dans l'autre. La conclusion pratique de cet examen c'est que pour toutes les législations européennes, et pour la nôtre en particulier, il est urgent d'imiter l'exemple de nos voisins d'outre-Rhin. D'ailleurs, la France plus que toute autre nation est apte à subir cette adaptation ; comment ce qui fonctionne parfaitement au-delà du Rhin ne produirait-il pas d'aussi bons résultats en deçà du fleuve ?

Ce système est conforme à deux principes fondamentaux du droit privé : l'autonomie de la volonté, et l'équilibre des intérêts mis en balance. Ce fut une erreur du législateur de croire que la prohibition des pactes successoraux était une nécessité d'ordre public ou d'intérêt supérieur. Nous sommes arrivés à cette conclusion en tenant compte de ce vaste champ d'investigations qu'est la nature des choses.

Nous allons voir en effet que ce système, résultat du

(1) MONTESQUIEU. *Esprit des Loix*, liv. I, ch. III.

droit commun législatif, correspond également aux conclusions de l'économie politique et de la sociologie. Car le droit n'est pas immuable et il doit se plier aux transformations économiques et sociales (par exemple les modifications survenues dans les rapports juridiques entre le capital et la terre), et puiser dans la nature des choses ses éléments de formation et d'interprétation. Il doit y avoir une pénétration réciproque entre l'art juridique proprement dit et les sciences économiques ou sociales ; « ce n'est pas à la vie sociale à plier devant la théorie juridique, mais celle-ci qui se doit accommoder aux faits et aux exigences de la vie. » Notre organisation économique trouve son essence dans trois principes : la propriété privée, la liberté des contrats, la succession après décès (1) ; notre question met en jeu les deux derniers, c'est dire son importance au point de vue économique. Enfin, en élevant la recherche, nous demanderons secours à la sociologie, science jeune encore, qui nous fournira les règles qui doivent diriger l'humanité et les lignes essentielles pour ordonner les rapports humains dont s'occupe le civiliste (2).

De nombreuses voix (3) et des plus autorisées se sont

(1) A. Menger. *Le rôle social de la science du droit*. *Rev. d'économ. polit.* X, p. 70.

(2) V. pour plus amples détails M. GENY, *op. cit.*, p. 168, 511.

(3) BROCHER. *La légitime et les réserves*. Congrès des juristes suisses, Coire, 1873. — LAURENT. *Av.-proj. C. civ. Belge*, t. IV, p. 64 et s., a. 1082. — BOISSONADE. *Proj. C. civ. pour l'Empire du Japon*, n'admet que des exceptions plus étendues. Laurent admet les pactes sur succession future pourvu que le de jure y consente.

déjà depuis longtemps fait entendre pour demander la réforme du système prohibitif. Comme le fait observer M. Claudio Janet dans le III^e appendice à l'organisation de la famille de Le Play, il faut demander que l'on permette la liberté de ces pactes ; ils sont indispensables pour les arrangements des familles souches. La jurisprudence prouve tous les jours combien cette prohibition est embarrassante (en effet, on se souvient du dernier débat élevé en France à propos de la renonciation au retour légal). Ces contrats sont plus que jamais « utiles pour favoriser l'émigration des jeunes rejetons dans les familles souches, avec des pécules et sur un terrain soigneusement préparé, et nécessaires pour lutter contre l'extension en Amérique, en Australie, dans l'Afrique du Sud de la race anglo-saxonne et de la race allemande. »

Sans familles nombreuses point d'émigrations.

Sans la liberté de tester point de familles nombreuses.

Vis-à-vis des enfants qui émigrent le père de famille doit pouvoir prendre tous les arrangements possibles. Il leur donnera un pécule d'autant plus considérable qu'ensuite ils n'auront plus rien à prétendre sur le domaine patrimonial et que l'héritier associé pourra y consacrer sans crainte toute son activité.

Ces pactes pourront aussi faciliter les mariages :

« L'argent donné vingt ou trente ans avant la mort du père a beaucoup plus de valeur pour un jeune ménage qui se fonde ou pour un émigrant que les droits

successoraux, dont la réalisation est éloignée et incertaine. »

Les demandes et les vœux exprimés se font toujours entendre aux oreilles du législateur qui, dans cette question, comme pour tant d'autres, fait preuve d'une inaction regrettable. Lors de la réunion annuelle de la Société d'Economie Sociale, M. Ambroise Colin, dans son rapport de 1903, s'exprimait ainsi : « A quelles nécessités actuelles correspond cette règle, empruntée au droit romain, mais dont les législations modernes, l'Allemagne en première ligne, font justement assez bon marché ! Il n'y aurait certes aucun inconvénient — au contraire — à ce que l'enfant pût recevoir d'avance par une sorte de forfait, une somme représentant ses espérances successorales. Les Russes pratiquent couramment cette opération sous le nom de séparation de biens ; serions-nous donc moins avancé, que les Russes en culture, en moralité ?

Fut-il inférieur de quelques milliers de francs au chiffre de la légitime, ce viatique actuel pourrait avoir pour l'enfant, ainsi apportionné, une valeur de fait bien supérieure, car il lui permettrait, venant en temps opportun, de tenter la fortune, de courir la chance, comme disent les Américains, à l'âge de l'activité et de la vigueur, au lieu d'attendre, dans l'inaction, le moment où, déjà vieilli et fatigué peut-être, il recueillera enfin la succession à laquelle sa naissance lui assure des

droits éventuels. Par conséquent, les pactes de famille doivent être déclarés valables. »

La question est, comme on le voit, d'une haute portée économique ; « un bon régime successoral doit assurer, pour favoriser l'essor de la race, à tous les enfants leur part dans la succession des parents ; car l'homme pour une entreprise quelconque a besoin aujourd'hui plus que jamais de s'appuyer sur un capital initial, si modeste d'ailleurs, soit-il (1) ».

La problème de la succession contractuelle intéresse aussi la propriété. Cette dernière se présente comme un moyen d'adaptation de la propriété de l'homme vis-à-vis de l'homme et en second lieu comme un moyen d'adaptation de la propriété de l'homme et de la terre, de l'homme et du capital. Des philosophes se demandent s'il ne faudrait pas supprimer l'héritage qui semble aller à l'encontre de la double adaptation dont nous venons de parler : quand on songe à tous les procès, à toutes les haines de familles que provoquent les successions et les partages. Cependant « la force vitale de l'hérédité est une des plus grandes forces de la nature que la société doit capter, s'assujettir et faire travailler à son profit. Par des lois intelligentes sur la transmission des biens mobiliers ou immobiliers, urbains ou

(1) *Journal de Réforme sociale*. LE PLAY, 1903, t. II. La jurisprudence devrait aussi ne pas soumettre le partage d'ascendants aux art. 826 et 832, laisser la volonté des intéressés régler à sa guise la dévolution de la succession.

ruraux, la société atteint ce but quand elle le poursuit avec une conscience claire. » Or, la Révolution avait cru faire grande œuvre en proclamant l'égalité des partages : mais elle « conduit à des inconvénients majeurs en fait de biens ruraux : en fait d'usines, d'ateliers, de grandes maisons commerciales, elle est encore plus désastreuse » et le philosophe propose la liberté testamentaire (1). Je prétends que le contrat successoral et la renonciation permettront encore bien mieux et plus sûrement aussi, d'une manière plus conforme à nos mœurs, de réaliser le desideratum que l'on vient d'exprimer. Car il ne faut pas oublier que le contrat précise d'une manière ferme et irrévocable les questions de transmission successorale.

Par conséquent, la solution que nous proposons permettra de rendre service aussi à la propriété ; car il faut songer que son caractère héréditaire constitue une force considérable qui garantit et perpétue la propriété nationale du sol (2).

Il faut donc abolir cette prohibition néfaste. C'est la conclusion imposée par la logique, le résultat rationnel de cette étude ; c'est la fin négative, pour ainsi dire, que nous avons poursuivie ! Cette abolition supprimera

(1) TARDE. *Psychologie Economique*, t. 2, ch. IV, p. 299, 309, 302.

(2) Mais ce n'est pas là une solution immuable ; le droit évolue sans cesse ; un principe n'est qu'un fait général animé d'un mouvement moins rapide que tous les faits particuliers ; il sert d'observatoire momentané. BOUÏTMY. *Rev. intern. de l'enseignement*, 1889, t. 17, p. 224.

de nombreuses difficultés, d'interminables procès, sources de dissensions familiales.

D'autre part, et c'est le résultat positif de cette recherche, il faut reconnaître le contrat au nombre des modes employés pour la transmission successorale, c'est une nécessité économique. Le contrat dans ce rôle présentera de nombreux avantages pour la propriété, la natalité en France, l'essor agricole, industriel, et commercial.

Cette conclusion montre une fois de plus qu'il faut considérer le « droit comme un ensemble de règles issues de la nature des choses, et devant être dégagées au moyen d'une interprétation plus ou moins libre, des éléments sociaux, qu'il a pour objet d'ordonner en vue du bien commun ».

(1) M. FR. GENY, *op. cit.*, *Conclusion*, p. 580.

BIBLIOGRAPHIE

- ARNOUILH. — *Rev. historiq.*, 1860, p. 386.
- BARTIN. — Tr. des condit. impossibl., 178.
- BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL. — Successions, a. 791, C. civ.
- BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE. — Obligations, a. 1130, C. civ.
- BERTHELEMOT. — *Thèse*, Paris, 1901. Des Pactes sur succession future.
- BESELER. — Die Lehre von den Erbverträgen, 1837.
- BEUDANT. — Cours d. dr. civ. fr., t. I, § 195.
- BEYRAND. — *Thèse*, Paris, 1887. Des pactes sur succession future.
- BIGELOW. — The law of wills. Boston, 1898.
- BLACKSTONE. — Comm. sur les lois anglaises,
- BOUCHEUL. — Traité des conventions de succéder, 1724.
- BOISSONNADE. — Proj. C. civ. pr. l'Emp. du Japon.
- BROCHER. — La légitime et les réserves. Genève, 1890.
- BUFNOIR. — Propriété et contrat.
- CAILLEMER (Robet). — *Thèse*, Orig. et développ. des exécut. test. à l'époq. franq. et au moy. ag.
- CIMBALI. — La nuova fase del diritto civile, ch. VII. Della successione contrattuale.
- La funzione sociale dei contratti e la causa giuridica della loro forza obbligatoria.
- CROUZEL. — Rec. acad. legisl. de Toulouse, 1903, p. 1.

DERNBURG. — Pandekt., t. III, § 127.

FAURE. — *Thèse*, Paris.

GAUDEMET. — Des rapp. juridiq. entre le ret. succ. et le ret. convent. dans *Rev. trim. de dr. civil*, 1902, I, p. 739.

GENTY. — Partage d'ascendant.

GENY. — Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. II part., § 69, p. 133, note dans *Pand. chron.* 1903, 4, 496.

GIORGI. — Teoria delle obbligazioni, III.

GOODWE. — Modern law of real property, p. 328.

HARTMANN. — Lehre von den Erbverträgen.

HASSE. — Rhein. Muséum, II, p. 149, III, p. 1.

HELLWIG. — Die Venträge auf Leistung an dritte. Leipzig, 1899.

HERREROS GARCIA ENR. — La sucesion contractual, préface de Rafaël de Urena.

HORACE. — Satires. Liv. V, s. 5.

HUBER. — System und Geschichte der schweiz. Privatrecht.

JUVÉNAL. Satires, 1. 4. 6. 12.

LAMBERT (E). — De l'Exhérédation et des Legs.

— Fonction du droit civil comparé, p. 392.

LAMBERT. — *Thèse*, Paris, 1892. Des pactes sur succession future.

LAROMBIÈRE. — Obligations, a. 1130, t. I.

LAURENT. — Av. proj. C. civ. pour le Japon.

LEHR. — Droit civil du canton de Zurich.

— Eléments de droit civil russe, t. 2.

— Eléments de droit civil scandinave.

— Eléments de droit civil anglais.

LE PLAY. — *Journal de Réforme sociale* (fondé par) 1903, t. 2.

LYON-CAEN. — *Thèse*, Paris, 1866. Partage d'ascendant.

— Note dans *S.* 1903. 1. 173.

MATTIRIOLLO. — Filosofia del Diritto.

MARTIAL. — Epigrammes, I, 48.

- MENGER. — Rôle social de la science du droit. *Rev. d'Econ. polit.*, X, p. 170.
- MICHEL. — *Thèse*, Aix, 1882. Des Pactes sur succession future.
- MICHELET. — Les origines du droit franç.
- PACIFICI MAZZONI. — Successioni, I, n° 93.
- PARDESSUS. — II^e Dissert. sur la loi salique.
- PETIT. — *Thèse*, Dijon, 1905. Le droit d'usuf. du conj. surviv. et le ret. succ.
- PERCERON. — *Annal. d. dr. commerc.*, 1898, p. 64.
- *Rev. trim. dr. civil*, 1905, t. 3. La liquidation du passif héréditaire.
- PERSE. — Satire, II.
- PISANELLI. — Rapp. sur le liv. III. Proj. C. civ. ital., p. 31.
- PLANCK. — Burgerl. Gesetzbuch, t. II, a. 2346.
- ROULIER. — Rapport dans Pand. chron., 1903, 1. 496.
- ROUSSILHE. — Donations, ch. XIII, sect. 2, § 2, 1724.
- SANCHEZ ROMAN. — D. civile, IV, p. 204.
- SALEILLES. — Ess. d'une theor. gen. d. l'oblig. d'apr. le proj. d. C. civ. allem., n° 148.
- SCHIFFNER. — Der Erbvertrag nach dem B. G. B. Iéna, 1899.
- Erbvertrag. zu gunsten Dritter, 1898.
- STROHAL. — Das deutsche Erbrecht nach dem B. G. B.
- STOBBE. — Handb. das deutsch. Privatrecht. V, § 298, s.
- TACITE. — Germania, XX.
- TARDE. — Psycholog. économiq., 1902.
- THÉVENIN. — Textes des époq. méroving. et caroling.
- VACCA. — Rapp. au Sénat sur le liv. III. Proj. C. civ. ital., p. 27.
- VALLIER. — Le fondem. du dr. success. en dr. franç. Paris, 1903.
- VAN BIERLLIET. — *Rev. pratiq. du not. belg.*, 15 avril 1905.
- WILLIAMS. — Wills and intestate succession, p. 11.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	1
Nécessité de cette étude. — Classification des pactes sur succession future.....	7

Droit Romain.

INTRODUCTION	10
CHAPITRE I. — THÉORIE DU DROIT CLASSIQUE ET DU BAS- EMPIRE	13
Section I. Motifs de la prohibition.....	14
Section II. Portée de la prohibition.....	18
Section III. Exceptions à la prohibition.....	23
Section IV. Conséquences de la prohibition.....	29
CHAPITRE II. — LA SUCCESSION CONTRACTUELLE DANS LE DROIT ROMAIN DES ORIGINES.....	32

Histoire du Droit français.

CHAPITRE I. — DES ORIGINES A LA FIN DU MOYEN AGE...	55
Section I. Les coutumes barbares.....	55
Section II. L'époque franque.....	65
Section III. La féodalité.....	71
CHAPITRE II. — DE LA FIN DU MOYEN AGE A LA RÉVOLU- TION.....	75
Les Renonciations. — Les Institutions contractuelles. — Les institutions d'héritiers présomptifs. — Contrats sur les droits successoraux et la succession des enfants. — Libéralités entre futurs époux et entre époux. — Partages d'ascendants et démission de biens.....	89
CHAPITRE III. — DROIT INTERMÉDIAIRE.....	124

Le Droit actuel en France.

INTRODUCTION.....	131
Conception générale du Code sur la transmission successorale. — Place de la succession contractuelle. — Travaux préparatoires. — Le principe de la prohibition. — Ses motifs. — Sa situation théorique.....	131
CHAPITRE I. — LA SPHÈRE DE LA PROHIBITION.....	164
Section I. Le caractère contractuel.....	168
I. De quelles conventions s'agit-il ?.....	168
II. De quelles personnes s'agit-il ?.....	174
Section II. Le caractère éventuel.....	181
Les parties croyaient la succession ouverte.....	185
Pacte sur succession ouverte et sur succession non ouverte.....	187
Conventions sur les biens d'un absent.	190
Section III. Le caractère successoral.....	197
La succession légale.....	198
I. La succession testamentaire.....	202
§ 1. Condition de renoncer à succession future..	203
§ 2. Nature du droit des substitués.....	210
II. La succession contractuelle.....	214
§ 1. Institution contractuelle.....	215
§ 2. Partage d'ascendant.....	218
APPENDICE. La prohibition et le retour légal	218
CHAPITRE II. — SANCTION DE LA PROHIBITION.....	241
CHAPITRE III. — EXCEPTIONS A LA PROHIBITION.....	246
Clause d'indivisibilité. — Mise en société d'une succession future. — Hypothèque d'immeubles successoraux à venir. — Ancien a. 761, a. 918. Partage d'ascendant entre vifs. — Institution contractuelle. — Donations de biens à venir entre futurs époux (et entre époux) par contrat de mariage.....	247
CONCLUSION.— Synthèse de la tendance du droit actuel	260

DROIT COMPARÉ**Le droit germanique.**

PREMIÈRE PARTIE. — EVOLUTION HISTORIQUE DE LA	
SUCCESSION CONTRACTUELLE EN ALLEMAGNE.....	273
Section I. Le moyen âge.....	274
Section II Du moyen âge au XIX ^e siècle.....	279
Section III. Le XIX ^e siècle.....	282
DEUXIÈME PARTIE. — LE DROIT ACTUEL DE L'EMPIRE	
ALLEMAND.....	291
INTRODUCTION	291
CHAPITRE I. — LE ERBVERTRAG, contrat successoire. —	
Nature du contrat successoire. — Ses modalités. — Con-	
ditions. — Son objet. — Formes. — Effets. — Annulabi-	
lité. — Caducité. — Révocation. — Résiliation. — Con-	
trat successoire en faveur de tiers. — Appendice :	
Promesse de tester. — Donation à cause de mort. —	
Testaments communs.....	292
CHAPITRE II. — ERBSCHAFTSVERTRAG. Pacte sur la suc-	
cession future d'autrui.....	328
CHAPITRE III. — ERBVERZICHT. Renonciation à succes-	
sion future — Sa nature. — Personnes. — Objet. —	
Formes. — Effets. — Révocation.....	333
Le droit italien.....	349
Le droit espagnol.....	353
Législation antérieure au Code civil espagnol. — Code	
civil espagnol. — Le droit portugais.....	356
Le droit suisse.....	356
I. Suisse romande.....	357
II. Suisse allemande (Zurich).....	359
III. Le nouveau projet du Code civil suisse.....	367
Le droit russe	371
Le droit scandinave.....	371
Le droit anglais.....	372

CONCLUSION SYNTHETIQUE. — Valeur du système prohibitif. — Valeur du système de liberté. — Le système intermédiaire.....	376
Nécessité du contrat successoral. — Sa réglementation relative dans chaque pays. — Il satisfait l'autonomie de la volonté, conserve l'équilibre des intérêts rivaux. — Sa conformité aux vœux des économistes et des sociologistes.....	395
Nécessité d'abolir la prohibition des pactes sur succession future.....	398

Vu :

LE DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT

DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON,

E. BAILLY.

Vu :

E. GAUDEMET.

Vu et permis d'imprimer :

Dijon, le 3 janvier 1906,

LE RECTEUR : E. BOIRAC.

Buzançais (Indre), Imprimerie F. Deverdun.

